Die rechtliche

Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes.

Nebst Erörterungen

über die

rechtliche Natur und die Cession der gegenseitigen Obligationen.

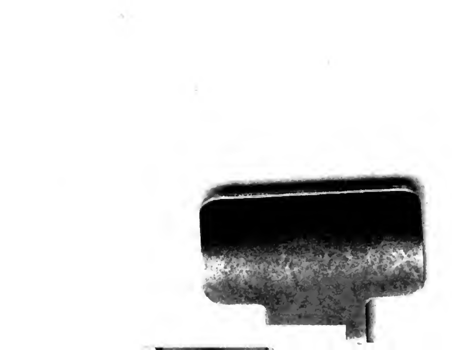
Von

Rudolf Schlesinger

Doctor der Rechte und außerordentlichem Professor und Beisitzer des juristischen Spruchcollegiums zu Göttingen.

Leipzig
Verlag von S. Hirzel.
1869.

Schlesinger



Die rechtliche
Unzulässigkeit der Beschlagnahme
des noch nicht verdienten Lohnes.

Nebst Erörterungen

über die

rechtliche Natur und die Cession der gegenseitigen Obligationen.

Von

Rudolf Schlesinger

Doctor der Rechte und außerordentlichem Professor und Beisitzer des juristischen Spruchcollegiums zu Göttingen.

Leipzig

Verlag von S. Hirzel.

1869.



Vorwort.

Es sei mir erlaubt, den nachfolgenden Blättern einige wenige Worte über mein persönliches Verhältniß zu der in jenen behandelten Rechtsfrage vorauf zu schicken. Dies halte ich deswegen für erforderlich, weil diese Frage einen Gegenstand der Berathungen des letzten Deutschen Juristentages gebildet hat, unter dessen Theilnehmern das Verzeichniß derselben auch mich nennt, und weil es unter diesen Umständen auffallend erscheinen könnte, daß ich in der vorliegenden Schrift dem Votum jener Versammlung entgegen trete, nachdem ich bei den darauf bezüglichen Verhandlungen derselben mit meiner abweichenden Ansicht nicht hervor getreten bin. Ich habe also zur Erklärung mitzutheilen, daß mir früher nur die Existenz der Frage im Allgemeinen bekannt war, ohne daß ich weiter darüber nachgedacht hätte, daß ich zufällig auch verhindert war, der betreffenden Verhandlung in der vereinigten civil- und handelsrechtlichen Abtheilung des Juristentages beizuwohnen, und daß ich erst in der zweiten Plenarversamm-

lung etwas Näheres über die Sache hörte, ohne daß ich mir sofort eine selbstständige Meinung in dieser Beziehung zu bilden vermocht hätte. Die zunächst noch unklaren Betrachtungen, welche dabei in mir aufstiegen, haben mir aber die erste Anregung zur Abfassung dieser Schrift gegeben, welche vielleicht, auch wenn die Frage wegen des Lohnarrestes legislativ erledigt sein wird, wegen der in ihr enthaltenen allgemeineren Erörterungen noch einigen Werth wird in Anspruch nehmen können.

Göttingen, im Januar 1869.

Der Verfasser.

Inhalt.

I. Einleitende Bemerkungen.

§. 1. Aufstellung der Frage.

Die Frage, ob es zulässig sein soll, zum Zwecke der Befriedigung oder Sicherung eines Gläubigers den noch erst zu verdienenden Lohn eines Arbeiters oder Dienstboten im Voraus mit Beschlag zu belegen, ist während der letzten Jahre in Deutschland wiederholt zur öffentlichen Besprechung gekommen. In vielen Gegenden unseres Vaterlandes, namentlich in Preußen, ist eine solche Beschlagnahme sowohl den Gerichten durchaus geläufig, als auch den Verwaltungsbehörden, denen die Eintreibung der dem Staate zu entrichtenden Steuern und Gefälle obliegt. Gegen die Zulassung dieses Verfahrens ist nun in der letzten Zeit aus den zunächst betheiligten Kreisen, von Arbeitgebern wie von Arbeitern, vielfach Widerspruch erhoben worden, und zwar zunächst aus Gründen der legislativen Zweckmäßigkeit. Nachdem der Gegenstand schon in einigen Sessionen des Preußischen Abgeordnetenhauses gelegentlich zur Verhandlung gebracht war, hat sich im Mai 1868 der Reichstag des Norddeutschen Bundes die Auffassung jener Opponenten vollständig angeeignet, indem er den Bundesrath aufgefordert hat, in der nächsten Session einen Gesetzentwurf vorzulegen, worin das unbedingte Verbot jeder Be-

schlagnahme noch nicht verdienter Arbeits- und Dienstlöhne im Executions- und Arrestwege ausgesprochen werde. Dem Vernehmen nach ist nun die Frage auch bereits Gegenstand der Verhandlungen des Bundesrathes, so wie der in Berlin vereinigten Norddeutschen Civilproceß-Commission geworden.

Inzwischen hat sich auch der in Hamburg versammelt gewesene Siebente deutsche Juristentag mit dem fraglichen Gegenstande als einer Gesetzgebungsfrage befaßt, und ist dabei zu einem Beschlusse gelangt, der mit dem Votum des Norddeutschen Reichstages nicht in Einklang steht: es soll darnach die erwähnte Beschlagnahme keineswegs völlig ausgeschlossen, sondern nur dem Arbeiter für einen solchen Fall die Rechtswohlthat der Competenz eingeräumt werden. Dabei ist die Versammlung von dem Satze als einem unzweifelhaften ausgegangen, daß vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus gegen eine solche Beschlagnahme Nichts einzuwenden sei; diese Ansicht herrscht überhaupt in der Deutschen juristischen Welt in einem solchen Grade vor, daß auch bei der betreffenden Verhandlung innerhalb des Juristentages kaum ein Zweifel an ihrer Richtigkeit laut geworden ist, selbst von der Seite her, welche de lege ferenda das vollständige Verbot der fraglichen Beschlagnahme vertrat.

Nun möchte aber eine genauere Erwägung des geltenden Rechtes vielmehr zu dem Ergebnisse führen, daß die Beschlagnahme noch nicht verdienter Arbeits- und Dienstlöhne als Executions- oder Sicherungsmittel durchaus unzuläßig ist. Wenn ich mit dieser Behauptung Recht habe, so dürfte damit die Gesetzgebungsfrage zugleich im Wesentlichen erledigt sein; denn es wird Niemandem beifallen, dieses Executions- und Sicherungsmittel, welches mit Recht so viele Anfechtungen vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit aus zu erdulden gehabt hat, auch nur in beschränk-

tem Umfange neu einführen zu wollen, falls es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unstatthaft sein sollte. Daher fühle ich mich gedrungen, meine Ansicht über diese Frage dem juristischen Publicum zur Prüfung vorzulegen, um so mehr, als es an wirklich eingehenden Erörterungen über diesen Gegenstand bisher in der Literatur zu fehlen scheint.

Dabei wird sich freilich zeigen, daß eine gründliche Entscheidung sich nicht gewinnen läßt, ohne daß man verschiedene Rechtsinstitute von weit allgemeinerer Bedeutung in den Kreis der Betrachtungen zieht; aber andererseits hoffe ich in dem Vorwalten der bestimmten praktischen Tendenz eine Rechtfertigung dafür zu finden, wenn ich diese allgemeineren Dinge nicht gerade erschöpfend bespreche.

§. 2. Bisherige Literatur.

Aus der bisherigen Literatur unseres Gegenstandes liegen mir vor die beiden Gutachten des Herrn Stadtgerichtsrathes Koch und des Herrn Rechtsconsulenten Otto, welche im ersten Bande der „Verhandlungen des Siebenten deutschen Juristentages“ gedruckt sind, ferner ein Aufsatz des erstern im zweiten Bande der „Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen“ (1868), unter Nr. 22, dessen Inhalt großentheils identisch ist mit dem des eben erwähnten Gutachtens desselben Verfassers, sowie einige kurze Bemerkungen von Silberschlag in demselben Bande unter Nr. 18, und sodann die Schrift von Hopf: „Die Verkümmerung der Arbeits- und Dienstlöhne“ (1868).

Alle diese Schriftsteller bekennen sich zu der Auffassung, daß nach dem geltenden Rechte, wie befristete und bedingte Forderungsrechte überhaupt, so auch die Forderung auf noch nicht verdienten

Lohn ein geeignetes Object der executivischen Beschlagnahme sei, insofern nur der betreffende Dienstmiethvertrag bereits geschlossen ist. Dabei können sich dann freilich noch Zweifel in der Hinsicht ergeben, ob diese letztere Voraussetzung in dem einzelen Falle vorliegt, insbesondere in dem im Leben so häufigen Falle, wo der Arbeiter, ohne für irgend eine bestimmte Frist angenommen zu sein, auf Taglohn steht; jedoch diese Schwierigkeit, welche den Grundsatz unberührt läßt, soll in der gegenwärtigen Schrift nicht weiter beachtet werden.

Nicht verschaffen konnte ich mir für den Augenblick Gruchots „Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts“, in deren drittem Jahrgange, wie ich aus Kochs Gutachten, S. 103, Anm. 7 und 8, entnehme, sich Argumente für die Unzuläßigkeit der hier in Rede stehenden Beschlagnahme beigebracht finden, während an anderen Stellen daselbst die herrschende Meinung verfochten wird. Uebrigens scheinen, so viel ich ersehen kann, die dort für die Unzuläßigkeit aufgestellten Gründe nicht durchschlagend zu sein.

Aus der ältern Literatur weiß ich nur Leyser anzuführen, der in seinen „Meditationes ad Pandectas“, spec. 476, nr. 4, sogar jede Execution in noch nicht ausbezahlten Dienstlohn — wenn ich ihn recht verstehe — für unzuläßig erklärt, in analoger Anwendung des Privilegs der Soldaten in Betreff ihres Soldes, welches er mit vielen Andern in der l. 4 C. de exsec. r. iud. 7, 53 zu finden meint. Als Grund für diese Ansicht deutet er nur ganz kurz das Interesse des Dienstherrn an; denn jeder Dritte, dessen Interesse durch eine Vollstreckung verletzt werde, könne sich derselben mit Erfolg widersetzen. Diese seine Bemerkungen sind ohne Zweifel sehr unzusammenhangend, dürftig und schief. Erwähnt sei noch, daß Leyser dabei erzählt, als einmal ein Gericht bei ihm selbst Beschlag gelegt habe auf Lohn,

den er seinem Diener schuldete, habe er erklärt, er werde diesen Arrest nicht anerkennen; mit welchem Erfolge, wird nicht berichtet.

§. 3. Wirthschaftliche Seite der Frage.

Die wirthschaftlichen Nachtheile darzulegen, die die Zulassung der Beschlagnahme des noch zu verdienenden Lohnes für Arbeiter und Arbeitgeber im Gefolge hat, ist eigentlich nicht die Aufgabe dieser Schrift, welche es nur mit der rechtlichen Seite der Frage zu thun hat; jener andere Gesichtspunkt ist ja auch gerade in der bisherigen Discussion über die Frage schon von competenterer Seite zur Genüge geltend gemacht worden. Es ist gezeigt worden, wie jene Maßregel in vielen Fällen die wirthschaftliche Existenz des Arbeiters vollständig untergräbt, und daher auch die Gefahr sittlichen Verkommens mit sich führt. Und selbst wenn Jemand hiergegen sich darauf berufen wollte, daß in diese Lage der Arbeiter eigentlich schon durch die Thatsache der Ueberschuldung versetzt sei, und daß es unbillig sein würde, deswegen dem Gläubiger sein Recht zu schmälern, so würde immer das andere Bedenken bestehen bleiben, das vom Standpunkte des Arbeitgebers aus zu erheben ist. Wenn auch juristisch diesem die Rechte, die ihm aus dem Vertrag, wie er einmal geschlossen ist, gegen den Arbeiter zustehen, durch die Beschlagnahme nicht beeinträchtigt werden sollten, so ist doch klar, daß seine Lage dem Arbeiter gegenüber dadurch thatsächlich verschlechtert wird; denn es wird dadurch zweifelhaft, ob der Arbeiter geneigt sein wird, ohne Zwang die Arbeit zu leisten, von deren Früchten er im Voraus weiß, daß sie ihm nicht unmittelbar zu Gute kommen werden, und jedenfalls wird es äußerst wahrscheinlich, daß er die Arbeit, wenn

er sie leistet, nicht mit Lust und Liebe, und daher mangelhaft verrichten wird. Deshalb haben viele Arbeitgeber es sich denn auch zur Regel gemacht, jeden Arbeiter, dessen Lohn bei ihnen mit Beschlag belegt wird, sofort zu entlassen.

Es ist übrigens auch für eine juristische Untersuchung nicht ganz werthlos, auf diese Seite der Sache hinzuweisen; denn immerhin darf man argwöhnen, daß es mit einem angeblichen Rechtssatze, der zu wirthschaftlich so absurden Consequenzen führt, wohl nicht ganz seine Richtigkeit haben werde; wenigstens wenn ein Rechtssatz in Frage steht, der nicht auf einer singulären positiven Rechtsvorschrift, sondern auf einer folgerichtigen Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze beruhen soll.

Indem ich mich nun zu dem Nachweise wende, daß die richtige juristische Auffassung der Sache in der That auch gar nicht zu jenem wirthschaftlich anfechtbaren Ergebnisse führt, scheint es zweckmäßig, zunächst an gewisse Grundsätze der Vermögensexecution, beziehentlich des Arrestverfahrens, zu erinnern.

II. Gegenstand der Vermögensexecution und des Realarrestes ist nur das gegenwärtige Vermögen.

§. 4. Keine Execution in zukünftiges Vermögen.

Die Vermögensexecution mittelst pignoris capio, wie sie sich im neuern Römischen Rechte ausgebildet hat, soll dem Gläubiger aus dem gegenwärtigen Vermögen des Schuldners auf dem Wege richterlicher Amtshandlungen den Werth derjenigen Lei-

stung, genauer derjenigen Geldzahlung — denn nur wenn es sich um eine solche handelt, findet die hier fragliche Art der Vollstreckung Anwendung —, verschaffen, zu welcher der Schuldner aus dem Urtheile, oder was diesem gleichsteht, verpflichtet ist. Der Modus besteht darin, daß einzele Vermögensstücke, seien es körperliche Sachen, oder Rechte, insbesondere Forderungen, auf richterlichen Befehl zunächst arrestiert, und dann — insofern die arrestierte Sache nicht etwa schon selbst in Geld besteht — zu Gelde realisiert werden, und zwar entweder durch Verkauf, oder auf andere Weise (so z. B. Forderungen häufig durch Einkassierung): aus diesem Gelde wird sodann der Implorant befriedigt. Dabei wird angenommen, daß durch den Arrestschlag der Impetrant ein Pfandrecht an dem Executionsobjecte erlange; darauf deutet ja auch die Bezeichnung p i g n o r i s c a p i o hin.

Es ist nun aber besonders zu betonen, daß die ganze Anlage dieses Verfahrens nur darauf berechnet ist, den g e g e n w ä r t i g e n Bestand des Vermögens des Exequendus zur Befriedigung des Gläubigers heran zu ziehen, keineswegs aber der mögliche zukünftige Erwerb des Schuldners davon mitbetroffen wird. Hierfür ist ganz entscheidend die Bestimmung, welche das geltende Recht über den Entstehungsgrund des hier in Frage kommenden Pfandrechtes an körperlichen Sachen getroffen hat. Dieses entsteht nicht durch die richterliche Willenserklärung allein, sondern, wie Niemand bezweifelt, eben erst durch die hinzu kommende thatsächliche pignoris capio, durch die Ergreifung der Detention von Seiten des damit beauftragten Personals; gerade wie nach Römischem Recht die andere Art des richterlichen Pfandrechtes, das durch die missio in possessionem bewirkte sogenannte pignus praetorium, auch nicht unmittelbar durch das richterliche Decret, sondern erst durch die auf Grund desselben

von dem missus vollzogene Apprehension der einzelen körperlichen Sachen begründet wird. Es leuchtet aber ein, daß, obwohl eine richterliche Willenserklärung dieser Art sich denkbarer Weise auch auf solche Sachen erstrecken könnte, die erst später in das Vermögen des Exequendus gelangen werden, doch die körperliche Apprehension nur bei Sachen stattfinden kann, die sich augenblicklich schon in demselben befinden.

Und nun wende Niemand ein, Das alles möge bei körperlichen Sachen sich wohl so verhalten; bei Forderungen aber könne es darum doch anders sein, weil diese eben überhaupt nicht physisch apprehendiert werden könnten: selbst wenn man hier die Entstehung des Pfandrechtes nicht unmittelbar an die richterliche Willenserklärung, sondern erst an die Behändigung des richterlichen Befehles an den dritten Schuldner knüpfen wollte, so sei doch eben auch diese auch schon in Beziehung auf eine erst künftig vielleicht entstehende Forderung denkbar. Diese Einwendung könnte höchstens dann Beachtung verdienen, wenn etwa jedes Pfandrecht an körperlichen Sachen überhaupt nur auf Grund einer Apprehension derselben entstehen könnte, wie ja z. B. das Eigenthum nach gemeinem Recht unter Lebenden nur mittelst Tradition der Sache selbst übertragen werden kann. Nun aber ist es bekannt, daß es zur Entstehung eines Sachpfandrechtes durch Privatwillkür gemeinrechtlich keineswegs einer Hingabe der Sache bedarf, sondern, eben wie zu einer solchen Begründung eines Forderungspfandrechtes, nur eines in beliebiger Form abzuschließenden Vertrages, also der bloßen Willenserklärung. Somit stellt sich die Anknüpfung des richterlichen Sachpfandrechtes an die Apprehension der Sache im Vergleiche mit dem vertragsmäßigen Sachpfandrechte als eine beschränkende Bestimmung dar, welche keinen Sinn hätte, wenn überhaupt auch zukünftige Ver-

mögensbestandtheile vom geltenden Rechte als möglicher Vollstreckungsgegenstand betrachtet würden.

Wenn nun auch die genaue Uebertragung dieser Besonderheit auf das richterliche Forderungspfandrecht nicht möglich ist, so muß doch natürlich an dem Princip, welches sie, wie eben hervorgehoben, zur Voraussetzung hat, auch hier festgehalten, und kein Arrestbefehl zum Zwecke der Execution auf mögliche künftige Forderungen zugelassen werden, welche noch gar nicht zum Vermögen des Exequendus gehören.

Uebrigens wird es, beiläufig bemerkt, richtig sein, die Entstehung des richterlichen Forderungspfandrechtes nicht schon an den richterlichen Befehl selbst, sondern erst an die dem Befehlsträger geschehene Behändigung desselben, bez. bei der missio in possessionem an die von dem missus vollzogene Benachrichtigung des dritten Schuldners, anzuknüpfen, während allerdings das vertragsmäßige Forderungspfandrecht nach der richtigen und herrschenden Ansicht ohne Weiteres durch den Pfandvertrag als solchen entsteht. Denn auf jene Consequenz weist die Analogie des richterlichen Sachpfandrechtes hin: die Benachrichtigung des Schuldners durch den Pfändenden ist derjenige Act, welcher bei Forderungen der bei körperlichen Sachen verlangten Apprehension wenigstens noch am nächsten kommt.

§. 5. Kein Sicherungsarrest auf zukünftiges Vermögen.

Im Vorigen bin ich mit Absicht in einer Beziehung etwas von dem vorherrschenden Sprachgebrauche abgewichen, nämlich indem ich die Apprehension der körperlichen Sachen durch die pfändenden Beamten als Arrestierung bezeichnet habe. Sachlich wird hiergegen nicht nur Nichts einzuwenden sein, sondern

vielleicht wird sogar die Einsicht in den innern Zusammenhang der hier in Frage kommenden Rechtsinstitute dadurch gefördert, wenn man sich erinnert, daß bei körperlichen Sachen ebenso wohl der Begriff des Arrestes in seiner doppelten Eigenschaft, nicht nur als Sicherungs-, sondern auch als Vollstreckungsmittels, Anwendung findet, wie bei der Person des Schuldners und bei Forderungen, die demselben gegen Dritte zustehen, in welchen beiden Fällen Niemand ansteht, auch wo es sich um Vollstreckung handelt, von einer Arrestierung zu reden.

Nachdem nun aber festgestellt ist, daß die Vollstreckung mittelst pignoris capio niemals im Voraus den zukünftigen Vermögenserwerb mitergreifen, insbesondere nie ein noch nicht entstandenes Forderungsrecht im Voraus bestricken kann, so bleibt noch übrig, auch über den Sicherungsarrest in dieser Hinsicht Einiges zu bemerken.

Indessen wird es hier nun keiner weitläufigen Deduction mehr bedürfen. Ich möchte sogar, entgegen der herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin, den Sicherungsarrest in dem Grade für dem Vollstreckungsarreste analog halten, daß auch jener schon ein richterliches Pfandrecht an dem arrestierten Objecte begründete, vorausgesetzt natürlich, daß es mit dem Anspruche des Impetranten seine Richtigkeit habe. Allerdings kommt dieser Fall des richterlichen Pfandrechtes im Römischen Rechte nicht vor; aber diesem ist eben der ganze Sicherungsarrest in dem hier fraglichen Sinne, unterschieden einerseits von der missio in possessionem, andrerseits von dem richterlichen Veräußerungsverbote, nicht bekannt, und nachdem derselbe nun unserm gemeinen Rechte einmal angehört, verhält er sich zu dem pignus in causa iudicati captum genau so, wie zu der missio in bona wegen nicht erfüllten Judicates die missio in bona wegen nicht geleisteter

Vermächtnißcaution und andere missiones in bona rei servandae causa ohne Verkaufsbefugniß, auf welche doch die Römer ebenfalls den Begriff des pignus praetorium angewandt haben. Um Mißverständnisse auszuschließen, muß noch bemerkt werden, daß mit der Annahme eines richterlichen Pfandrechtes an dem arrestierten Objecte noch Nichts über die Rangordnung entschieden sein würde, in welcher mehrere einzele Impetranten, die hernach auch eine Verurtheilung des Impetraten erwirkt hätten, aus jenem Objecte zu befriedigen wären; Das würde vielmehr, so verbreitet auch eine abweichende Auffassung dieses Punktes zu sein scheint, noch eine Frage für sich sein, die allerdings mit jener andern in innerem Zusammenhange steht. Bei der nähern Untersuchung beider Fragen würde außer der Analogie des Römischen pignus praetorium und pignus in causa iudicati captum insbesondere die geschichtliche Entwicklung der hierher gehörigen deutschrechtlichen Institute in Betracht kommen, und in dieser Hinsicht würde das 1867 erschienene Werk von Meiboms über das Deutsche Pfandrecht vielseitige Belehrung gewähren.

Es liegt mir in der That nahe, noch etwas bei dieser Materie zu verweilen; denn abgesehen von dem Interesse, welches der Gegenstand an sich darbieten würde, wäre es, wenn wirklich auch der Sicherungsarrest ein richterliches Pfandrecht nach Analogie des pignus in causa iudicati captum begründen sollte, schon aus diesem Grunde nach dem in §. 4 Entwickelten ganz zweifellos, daß er auf zukünftigen Erwerb grundsätzlich keine Anwendung finden könnte. Allein um zu diesem Resultate zu gelangen, wird eine genauere Feststellung jenes andern Punktes gar nicht einmal erforderlich sein. Denn Niemand bezweifelt, daß der zur Sicherung impetrierte Realarrest, möge er nun ein Pfandrecht begründen, oder

nicht, nichts Anderes ist, als eine anticipierte Execution, sei es des Hauptanspruches selbst, sei es eines accessorischen Cautionsanspruches (vgl. über diese doppelte Möglichkeit besonders Wach, Arrestproceß, Th. 1, 1868), nichts Anderes, als eine Sicherstellung der eventuellen Vollstreckungsobjecte zu Gunsten des Impetranten. Unmöglich kann daher ein Object dem Sicherungsarreste unterliegen, welches sogar dann, wenn in diesem Augenblicke der Impetrant schon ein rechtskräftiges Urtheil erlangt hätte, nicht einmal zu seiner Befriedigung würde heran gezogen werden: der Sicherungsarrest kann demnach so wenig wie der Executionsarrest zukünftige Vermögensbestandtheile im Voraus bestricken.

Daß die möglichen Objecte der Sicherstellung und der Vollstreckung durchaus identisch sind, wird auch von Hopf a. a. O. S. 6 und von Koch a. a. O. S. 102 anerkannt. Dabei gelangt freilich der Letztere auf Grund einer unklaren Vorstellung von dem gegenseitigen Verhältnisse der Begriffe Execution und Beschlagnahme auf S. 112 zu folgendem Ergebnisse: wenn man auch zugeben möge, daß eine Execution in eine noch nicht entstandene Forderung undenkbar sei, so gelte doch nicht nothwendig ein Gleiches von der Beschlagnahme (selbst wo sie im Wege der Execution erfolge), und auf S. 121 nennt er daher auch als mögliche Gegenstände des Sicherheitsarrestes künftige Sachen und künftige Forderungen. Dieser Behauptung ist also den obigen Ausführungen gemäß mit Grund zu widersprechen.

Im Folgenden wird nun überall auf eine besondere Hervorhebung des Sicherungsarrestes verzichtet werden können, und es wird genügen, die Beschlagnahme von Forderungen lediglich in ihrer Eigenschaft als Vollstreckungsmittel in Betracht zu ziehen.

§. 6. Innere Begründung dieser Beschränkung.

Die Beschränkung der Vermögensexecution auf den gegenwärtigen Bestand des Vermögens des Exequendus hat übrigens für uns keineswegs etwa nur als eine historische Zufälligkeit des Römischen Rechtes zu gelten. Selbst wenn jener Grundsatz im Zusammenhange des Römischen Rechtes wirklich keine höhere Würde als diese sollte in Anspruch nehmen können, so würde er doch jedenfalls zugleich auch den Anforderungen entsprechen, die wir vom Standpunkte unserer heutigen Anschauungen aus in legislativer Beziehung an das Executionsrecht stellen müssen.

Der Schuldner soll freilich, wenn er nichts Anderes hat, sich bestreben, aus dem Ertrage seiner Arbeit seine Schulden zu bezahlen; aber es ist ein sittliches und wirthschaftliches Postulat, daß seine Arbeitskraft selbst dabei zu seiner freien Verfügung bleibe, so daß es thatsächlich in seiner Macht liege, zu bestimmen, wie viel von dem Ertrage er vorweg zur unmittelbaren Fristung seiner Existenz von der Hand in den Mund verwenden will. Dieser letztere Umstand, daß durch sofortigen Verbrauch der Erwerb des ganz vermögenslosen Schuldners regelmäßig den Executionsmaßregeln des Gläubigers entzogen werden kann, ist an und für sich nicht etwa als eine Unvollkommenheit zu betrachten, wie deren bei allen menschlichen Einrichtungen vorkommen; vielmehr ist es durchaus rationell, wenn selbst auf Kosten des Rechtes des Gläubigers auch außerhalb der Fälle des weiter reichenden beneficium competentiae wenigstens das augenblickliche Verhungern des Schuldners und der von ihm zu ernährenden Familie vermieden wird.

Am directesten nun würde jenem Postulate durch das In-

stitut der Schuldknechtschaft entgegen gehandelt werden, oder wenn man sonst in irgend einer Form den Schuldner geradezu zwänge, die Schuld durch Arbeit abzuverdienen. Dergleichen Erscheinungen gehören ja denn auch bekanntlich nur untergeordneten, heutzutage längst überschrittenen Civilisationsstufen an. Aber im Grunde würde die Arbeitskraft in ähnlicher Weise gefesselt, wenn man dem Gläubiger gestattete, den Ertrag derselben im Voraus mit Beschlag zu belegen: dann würde die Verwendung der Arbeitskraft zur Befriedigung des Gläubigers nicht mehr als freie That des Schuldners erscheinen, und ihm die Möglichkeit, seine allernothwendigsten Bedürfnisse vorweg zu befriedigen, entzogen sein. Nun würde aber die Execution in das zukünftige Vermögen eine solche Vorwegnahme des Arbeitsertrages zu Gunsten der Gläubiger einschließen, und die Fälle, wo etwa dem Schuldner durch besondere Glücksumstände ohne Arbeit neues Vermögen zufließt, werden doch stäts nur die Ausnahme bilden. Demnach erscheint die Ausschließung möglicher zukünftiger Vermögensstücke von den Gegenständen der Execution auch in legislativer Hinsicht vollkommen rationell.

III. Die Beschlagnahme bedingter Forderungen.

§. 7. Zulässigkeit der Beschlagnahme bedingter Forderungen.

Leser, welche mir so weit gefolgt sind, mögen vielleicht schon ungeduldig bei sich gefragt haben: wozu dieses lange Verweilen bei Dingen, die zum Theil nicht einmal bestritten zu werden

pflegen, die aber jedenfalls für die Entscheidung der vorliegenden Frage nicht ins Gewicht fallen? Denn es ist ja öfters hervorgehoben worden, daß es sich bei der Beschlagnahme des noch zu verdienenden Lohnes nicht sowohl um noch nicht entstandene, als vielmehr um nur noch nicht fällige, oder höchstens noch bedingte Forderungen handele. Jedoch welche Bedeutung jene Deductionen für unsern Gegenstand haben, wird im Uebrigen weiterhin noch zur Sprache kommen, und auf einen Punkt ist sogar gleich hier aufmerksam zu machen. Gerade in Beziehung auf schon entstandene, aber noch bedingte Forderungen nämlich ist das wegen zukünftiger Forderungen Gesagte denn doch auch nicht so ganz bedeutungslos, und mindestens wird man zugeben müssen, daß sich in dieser Hinsicht die Gegner ihre Sache gar zu leicht gemacht haben.

Dies zu begründen, ist eine etwas längere Ausführung erforderlich. Ich muß aber sogleich die Bemerkung vorauf schicken, daß ich im letzten Ergebnisse den Gegnern in diesem Punkte nicht zu widersprechen geneigt bin, und daß nach meiner Ueberzeugung hier auch nicht die Entscheidung für die Hauptfrage, die den eigentlichen Gegenstand dieser ganzen Erörterungen bildet, zu suchen ist. Also mögen Leser, denen es mehr auf das praktische Resultat, als auf theoretische Erwägung aller Nebenfragen ankommt, den Rest dieses §. 7 ohne Schaden überschlagen. Jedoch zur Sache!

Wenn die Lohnforderung wirklich durch die vorgängige Leistung der Arbeit bedingt sein sollte — wie Hopf unbedenklich annimmt, während freilich Koch hinzu setzt: „in nicht technischem Sinne" —, so kann man die Frage nach der Zulässigkeit ihrer Beschlagnahme nicht ohne Weiteres damit erledigen, daß man darauf hinweist, wie ja über bedingte Forderungen die ver-

schiedenartigsten Rechtsgeschäfte, u. A. auch Cessionen und Verpfändungen, gültig abgeschlossen werden könnten. Dieses Letzte ist im Allgemeinen freilich nicht zu bezweifeln; doch ist auch hier wenigstens gegen gewisse in der bisherigen Literatur vielfach benutzte Beweisgründe immerhin Einiges zu erinnern.

Zunächst ist aus l. 17 und l. 19 D. de her. vel act. vend. 18, 4, wie auch aus l. 45, §. 1 und l. 73, §. 1 D. ad leg. Falc. 35, 2 nicht unmittelbar die Wirksamkeit einer solchen Cession zu entnehmen. Dort steht vielmehr nur, daß über bedingte Forderungen gültige Kaufgeschäfte abgeschlossen werden. Will man ganz genau sein, so wäre dabei übrigens noch zu bemerken, daß in l. 45, §. 1 ad leg. Falc. eigentlich nicht von dem möglichen Verkaufe einer bedingten, sondern vielmehr von dem einer noch gar nicht existenten, nur vielleicht noch entstehenden Forderung die Rede ist; denn ein bedingtes Vermächtniß, um welches es sich dort handelt, gewährt ja bekanntlich nach l. 42, pr. D. de O. et A. 44, 7 und l. 27, pr. D. qui et a qu. manum. 40, 9, womit auch zu vergleichen sind l. 41 D. de cond. et dem. 35, 1 und l. 11 D. quib. ex c. in poss. 42, 4, dem Bedachten pendente condicione, also vor dem dies cedens, gar keine Forderung, nicht einmal eine bedingte: und schon aus diesem Grunde ist die Heranziehung dieser l. 45, §. 1 bei Schmid, Cession, Theil 2, S. 92, Anm. 26, und S. 283, Anm. 19, keinesfalls genau richtig. Indessen kommt hierauf Wenig an; denn das von der nur eventuell überhaupt zur Entstehung kommenden Forderung Gesagte gestattet allerdings a fortiori einen Schluß auf die schon existente bedingte Forderung.

Aber überhaupt ist mit der Möglichkeit eines Verkaufes einer bedingten Forderung über die Möglichkeit einer Cession derselben noch Nichts entschieden. Man kann ja auch zukünftige

Sachen und Sachen, die einem Dritten gehören, gültig verkaufen, wenngleich man die Eigenthumstradition mit ihnen nicht sofort vornehmen kann: warum sollte also nicht mit der sofortigen Gültigkeit des Kaufvertrages vereinbar sein, daß die Cession, als Erfüllung desselben, doch erst später, nach Eintritt der Bedingung, gültig geschehen könnte?

Anders steht es denn freilich schon mit der l. 3 C. de don. 8, 54, wo es heißt:

> „Spem futurae actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri non immerito placuit."

Denn hier ist es wenigstens bei Weitem natürlicher, an eine durch Cession unmittelbar vollzogene Schenkung zu denken, als an ein bloßes auf Cession gerichtetes Schenkungsversprechen, wenn auch die letztere Auslegung nicht unmöglich ist: und wenn es ferner bezweifelt werden mag, ob die Worte „spem futurae actionis" nothwendig auf ein noch nicht einmal bedingt vorhandenes, rein zukünftiges Forderungsrecht bezogen werden müssen, so ist es um so gewisser, daß sie als Minimum eine noch von einer Bedingung abhängige Forderung begreifen. (Vgl. über dieses Rescript Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. S. 261 f., und Schmid, Cession, Th. 2, S. 93, welcher letztere dasselbe übrigens aus gewissen, hier nicht zu erörternden Gründen wohl mit Recht für interpoliert erklärt.)

Auch die l. 19, §. 4 D. quando dies 36, 2 gewährt, wie nicht zu leugnen ist, im Zusammenhange mit dem vorher gehenden §. 3 aufgefaßt, einen ziemlich guten, wenn auch nicht ganz sichern, Beweis für die Möglichkeit der Cession einer bedingten Forderung. In §. 3 sagt Julianus:

> „Si debitori, quod sub condicione debet, legatum

est, praesens legatum est, agique ex testamento statim potest, ut liberatio praestetur, et si post mortem testatoris decesserit, ad heredem transmittit actionem."

Darauf, daß das Vermächtniß eines bedingten debitum als ein unbedingtes behandelt wird, werde ich bald noch zurückkommen; augenblicklich interessiert an der Stelle besonders Das, daß noch pendente condicione auf Erfüllung des Legates geklagt werden kann, und zwar in diesem Falle auf liberatio, d. h. auf acceptilatio. Denn wenn es nun in §. 4 weiter heißt:

„Haec dicenda erunt, et si non ipsi debitori, sed alii cuilibet similiter legatum esse proponatur",

so kann man freilich zur Noth diese Worte auf das in §. 3 zuletzt Erwähnte beschränken, nämlich daß das Legat auf die Erben transmittiert werde; aber man wünscht sie doch wo möglich auch auf das vorher Bemerkte mitzubeziehen, d. h. auf die Möglichkeit sofortiger Klage. Nun kann allerdings von einer Klage auf liberatio bei dem Vermächtnisse an den Dritten überhaupt nicht die Rede sein; aber einer solchen würde hier die Klage auf Cession entsprechen, und wenn auf Cession sofort geklagt werden kann, so muß die Cession selbst also auch sofort, noch pendente condicione, möglich sein.

Mag es nun mit der Beweiskraft der eben besprochenen Stellen stehen, wie es will: Das möchte ich doch ferner noch hervor heben, daß wir mit einem unmittelbaren Quellenbeweise für die Cession einer bedingten Forderung keinenfalls auch schon einen eben so unmittelbaren für die Verpfändung einer solchen gewinnen. Diese Gelegenheit will ich denn gleich be-

nutzen, um meine Auffassung von dem Verhältnisse des Forderungspfandrechtes zum Rechtsinstitute der Cession kurz darzulegen, da dieser Punkt auch noch im weitern Verlaufe dieser Untersuchungen bisweilen von einiger Bedeutung sein wird.

Ich halte es mit mehrern Schriftstellern der jüngsten Zeit, wie Windscheid, Schmid, Sohm, Bremer, für verkehrt, die Verpfändung einer Forderung als eine bedingte Cession derselben aufzufassen; vielmehr bin ich der Ansicht, daß eine solche Verpfändung neben der Cession steht, wie die Sachverpfändung neben der Eigenthumsübertragung. Man könnte freilich das Wort Cession auch in einem weitern Sinne gebrauchen, analog der „Veräußerung“ bei körperlichen Sachen, wie es z. B. Bähr in den Jahrbüchern für die Dogmatik des Privatr. Bd. 1, S. 374 f. und 397 f. gethan hat, und dann würde die Verpfändung der Forderung eben neben der Cession im engern Sinne einen Fall dieser Cession im weitern Sinne darstellen, freilich in dieser Bedeutung dann keine bedingte, sondern eine unbedingte Cession, gerade wie ja auch die Sachverpfändung nicht etwa eine bedingte Veräußerung genannt werden kann. Indessen ist Dies doch nicht der gewöhnliche Sprachgebrauch hinsichtlich des Ausdruckes Cession: und selbst wenn man ihn annähme, würde es, wie auch Bähr a. a. O. S. 374 und S. 397, Anm. 49, ausdrücklich hervor hebt, immer falsch bleiben, die Verpfändung, wie z. B. Puchta es thut, als eine der verschiedenen möglichen causae cessionis zu bezeichnen, eben so falsch, wie es sein würde, die Sachverpfändung, statt eine Art der Veräußerung, eine causa derselben zu nennen. Bei alle Dem ist andrerseits nicht zu leugnen, daß die Analogie der Cession für die Forderungsverpfändung vielfach zu benutzen ist, wie auch Schmid, Cession, Th. 1, S. 130, die Verwandtschaft der beiden Institute betont:

2*

und ich habe daher oben auch nur die unmittelbare Beweiskraft der von der Cession handelnden Quellenstellen für das Forderungspfandrecht bestritten.

Ueberhaupt kommt es nun aber gar nicht so genau darauf an, ob sich in den Quellen eine Cession, oder eine Verpfändung einer bedingten Forderung ausdrücklich erwähnt findet, oder nicht: schon aus allgemeinen Gründen ist die Möglichkeit solcher Rechtsgeschäfte anzuerkennen; aber nicht nur diese, sondern auch die Möglichkeit der gleichen Rechtsgeschäfte in Beziehung auf noch gar nicht entstandene, rein zukünftige Forderungen. Dies folgt daraus, daß Cession und Verpfändung durch die bloße, in beliebiger Form zu erklärende Willenseinigung der Interessenten, ohne einen an dem Objecte selbst zu vollziehenden physischen Act, zu Stande kommen, und daß sie auch unter beliebigen Bedingungen vorgenommen werden können, also auch unter der Bedingung, daß die fragliche Forderung annoch entstehe, da eben dieser besondern Consequenz keine positive Rechtsbestimmung entgegen steht. Kann doch sogar eine Novation nach l. 8, §. 1 D. de nov. 46, 2, l. 21 D. de acceptil. 46, 4 und l. 4 D. de transact. 2, 15 in Beziehung auf eine noch gar nicht, nicht einmal als bedingte, entstandene Forderung im Voraus vollzogen werden, nämlich in Beziehung auf ein Vermächtniß, dessen dies cedens noch nicht eingetreten ist. Vollends werden in l. 21, §. 4 D. de pact. 2, 14 und vielen andern Stellen der Quellen ausdrücklich pacta de non petendo und Vergleiche über in dieser Lage befindliche Vermächtnisse anerkannt, und wie oben angedeutet, haben wir ja in der l. 3 C. de don. 8, 54 wahrscheinlich auch einen ausdrücklichen Beleg für die Cession einer noch nicht entstandenen Forderung. Endlich ist für diese Frage mit Recht auch auf die l. 9 C. quae res pign. 8, 17 hingewiesen worden,

wo Justinianus von der vertragsmäßigen Verpfändung des ganzen zukünftigen Vermögens spricht: dort sind gewiß unter den „res futurae" auch die zukünftigen Forderungen mitgemeint, wie ja in diesem Falle die „res praesentes" zweifellos auch die gegenwärtigen Forderungen mitbegreifen.

Wenn man nun Dies bedenkt, daß gegen die vertragsmäßige Verpfändung auch einer rein zukünftigen Forderung so wenig Etwas einzuwenden ist, wie gegen die Verpfändung einer zukünftigen körperlichen Sache, so wird man einsehen, daß die bloße Berufung auf die Möglichkeit der vertragsmäßigen Verpfändung einer bedingten Forderung nicht genügen kann, um die Möglichkeit der richterlichen Pfändung einer solchen außer Zweifel zu setzen. Denn in analoger Weise könnte man dann auch beweisen, daß die richterliche Beschlagnahme einer zukünftigen Forderung statthaft sei: was doch, wie gezeigt, keinenfalls zugegeben werden kann. Vielmehr wird man sich erinnern müssen, daß gerade eine bedingte Forderung in den Quellen häufig zwar wie eine als bedingte schon gegenwärtige, häufig aber auch wie eine vorläufig noch gar nicht entstandene Forderung behandelt wird, Letzteres z. B. in der Lehre von der condictio indebiti, und daß auf diese letztere Auffassungsweise sogar die Analogie der dinglichen Rechte hinführt; denn wenn z. B. auf Jemand das Eigenthum an einer Sache durch Tradition unter einer Bedingung übertragen ist, so ist es undenkbar, ihm vor Eintritt derselben in irgend einem Sinne schon das Eigenthum, sei es auch nur als ein bedingtes, zuzuschreiben. Trotz dieses letztern Umstandes ist es ja nun freilich nicht minder gewiß, daß bei bedingten Forderungen eben auch die erstere Auffassung in den Quellen vielfach angewandt wird. Aber es erscheint doch wenigstens eine besondere Erwägung nöthig, um festzustellen,

welche jener beiden Auffassungen für die richterliche Beschlagnahme maßgebend sein soll.

Da glaube ich denn allerdings selbst, daß überwiegende Gründe dafür sprechen, bedingte Forderungen nach dem geltenden Rechte für mögliche Executionsobjecte zu erklären. Jedes Rechtsgeschäft, welches sich nach dem Willen der Parteien auf ein noch nicht existentes Object bezieht, dessen zukünftige Entstehung noch ungewiß ist, ist seinem innern Wesen nach ein bedingtes. Ich weiß wohl, daß in der Lehre von den Vermächtnissen in solchen und ähnlichen Fällen von condiciones extrinsecus venientes, quae tacite insunt, die Rede ist, welche das Vermächtniß nicht zu einem condicionale machen sollen (vgl. l. 1, §. 3. l. 99 D. de cond. et dem. 35, 1. l. 6, §. 1. l. 25, §. 1 D. quando dies 36, 2); aber abgesehen davon, daß hier aus Billigkeitsrücksichten einigermaßen von der Consequenz des Rechtes abgewichen zu sein, und insofern eine etwas willkürliche Behandlungsweise vorzuliegen scheint, sind jene Aeußerungen jedenfalls nur in dem Sinne zu verstehen, daß ungeachtet einer condicio dieser Art doch schon der Augenblick des Todes des Erblassers als dies cedens gelten soll. Dieser Umstand kann also die Geltung des eben aufgestellten Satzes nicht erschüttern. Was insbesondere die Verpfändung anlangt, so erklärt l. 16, §. 7 D. de pign. 20, 1 wenigstens die Verpfändung einer fremden Sache ausdrücklich nur als eine bedingte für möglich, und mit dieser steht die Verpfändung einer noch nicht existenten Sache in dem Punkte, auf den es hier allein ankommt, nämlich daß der Verpfänder die Sache noch nicht in bonis hat, auf ganz gleicher Linie.

Nun läßt sich aber nachweisen, daß die Quellen diejenigen Rechtsgeschäfte, welche eine bedingte Forderung als solche zum

Object haben, selbst nicht als bedingte behandeln, wie sie doch also müßten, wenn sie hier die bedingte Forderung als vorläufig noch nicht vorhanden betrachteten.

Von einiger Bedeutung ist hier schon die erst erwähnte l. 19 D. de her. vel act. vend. 18, 4. Dort sagt Julianus:

> „Multum interest, sub condicione aliqua obligatio (nach Mommsen ist hier auf Grund der Basiliken einzuschieben **pura**) veneat, an, cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat: priore casu deficiente condicione nullam esse venditionem, posteriore statim venditionem consistere."

Und wohl gemerkt: der Jurist denkt dabei nicht etwa bloß an die Verpflichtung des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen, die ja nach Analogie der emptio spei hier auf alle Fälle anzunehmen sein würde, sondern gerade vorzugsweise an die Verbindlichkeit des Verkäufers; denn er fährt fort:

> „Nam si Titius tibi decem sub condicione debeat, et ego abs te nomen eius emam, confestim ex empto vendito agere potero, ut vel acceptum ei facias" (Dies natürlich dann, wenn der Käufer dem Schuldner die Schuld erlassen will).

Auf gleicher Linie mit dieser Stelle steht die oben schon mitgetheilte l. 19, §§. 3. 4 D. quando dies 36, 2. Das Vermächtniß eines bedingten debitum wird darin durchaus als unbedingtes behandelt, nämlich nicht bloß in Beziehung auf den dies cedens, sondern auch insofern sofortige Klage zugelassen wird.

Indessen diese Stellen entscheiden unsere Frage noch nicht völlig. Man könnte wiederum einwenden: eine Obligation, ein

Vermächtniß, deren Gegenstand in der Cession oder in dem Erlasse der bedingten Forderung besteht, mögen wohl als unbedingte denkbar sein; dessenungeachtet muß vielleicht diese Cession, dieser Erlaßvertrag selbst, und müssen überhaupt solche Rechtsgeschäfte, welche über die bedingte Forderung unmittelbar selbst verfügen, auch ihrerseits als bedingte aufgefaßt werden. Dagegen kommt nun aber in Betracht, daß nach Römischem Rechte bei einem Rechtsgeschäfte, welches aus formellen Gründen einer Bedingung gar nicht fähig, und daher auf rein zukünftige Forderungen unanwendbar war, nämlich bei der Acceptilation, der Anwendung auf bedingte Forderungen Nichts im Wege stand. Dieses Letztere ergiebt sich, außer aus den schon besprochenen l. 19 D. de her. v. a. v. 18, 4 und l. 19, §. 3 D. quando dies 36, 2, aus l. 12. l. 13, §. 6. l. 21 D. de acceptil. 46, 4, l. 4 D. de transact. 2, 15 und l. 77 D. de R. J. 50, 17, ja auch aus l. 13, §§. 8. 9 D. de acceptil. 46, 4.

Diese §§. 8 und 9 behandeln die Fälle, wo für ein bedingtes Vermächtniß — das ja, wie besprochen, vorläufig dem Bedachten noch gar keine Forderung, nicht einmal eine bedingte, verschafft —, für ein vielleicht noch zu gebendes Darlehen ein Bürge eingetreten ist, der also nur bedingt verpflichtet ist, nämlich unter der Bedingung, daß die Hauptobligation noch entstehen werde: und sie setzen ohne Weiteres als selbstverständlich voraus, daß einem solchen Bürgen gültig acceptoferiert werde. Zugleich dienen sie aber auch gerade als Beleg für den andern Satz, daß in Beziehung auf eine noch gar nicht entstandene Obligation eine Acceptilation ganz bedeutungslos ist. Obwohl nämlich nach l. 13, §. 7 eod. die dem Bürgen geschehende Acceptilation sonst auch den Hauptschuldner befreit, soll in den Fällen der §§. 8 und 9

der letztere gerade verhaftet bleiben; denn: „non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio eius est, liberari potuit.“

Eben darum ist der Weg, den Beschwerten pendente condicione von dem Vermächtniß ipso iure zu befreien, durch l. 21 eod. und l. 4 D. de transact. 2, 15 folgendermaßen vorgezeichnet: man muß erst den Gegenstand des Vermächtnisses sich im Wege der Novation von ihm versprechen lassen; denn eine Novation ist ja, wie erwähnt, auch bei zukünftigen Forderungen im Voraus möglich: daraus entsteht dann freilich nur eine bedingte, aber doch eine als bedingte schon gegenwärtige Forderung, und diese kann durch Acceptilation sofort beseitigt werden.

Somit dürfen wir denn allerdings wohl annehmen, daß nach der Auffassung des gemeinen Rechtes die bedingte Forderung, wo über sie durch Rechtsgeschäft verfügt wird, überhaupt als ein schon gegenwärtiges Vermögensstück zu gelten hat: und daß Dies auf die richterliche Pfändung analog zu übertragen ist, soll nicht bestritten werden.

§. 8. Unerheblichkeit dieser Zulässigkeit für unsere Frage.

Nachdem ich nun aber den Gegnern so Viel eingeräumt habe, daß eine Forderung nicht deshalb der Arrestierung entzogen ist, weil ihre Bedingung noch schwebt, muß ich andrerseits behaupten, daß es hierauf für die praktische Frage, um deren Entscheidung es sich handelt, gar nicht ankommt; denn hier muß zunächst nicht die Eigenthümlichkeit der bedingten Forderungen, sondern die der von einer Gegenleistung abhängigen Forderungen aus gegenseitigen Verträgen ins Auge gefaßt werden.

Dabei sei erwähnt, daß sich die Frage, ob solche Forderun-

gen überhaupt einer Beschlagnahme unterliegen können, in einer Abhandlung von Mittermaier („die Beschlagnahme der Forderungen eines Schuldners als Mittel der Vollstreckung im Civilprozesse"), im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 24, S. 398 f., gestellt findet, und daß Mittermaier sie zu verneinen geneigt ist; jedoch ist der Gegenstand dort nur ganz oberflächlich berührt.

IV. Die Beschlagnahme von einer Gegenleistung abhängiger Forderungen.

A. Eventuelles Widerspruchsrecht des Befehlsträgers.

§. 9.

Zuvörderst soll einmal mit den Gegnern angenommen werden, es wäre an sich die Beschlagnahme einer von einer Gegenleistung abhängigen Forderung mit der Wirkung möglich, daß der Befehlsträger, wenn der Impetrat ihm die Gegenleistung darbringt, seine Leistung nicht an diesen, sondern für den Impetranten zu Händen des Gerichtes, beziehungsweise an Den, welchem etwa die arrestierte Forderung von den Executionsbeamten verkauft wäre (vgl. l. 15, §. 10 D. de re iud. 42, 1), zu entrichten hätte: so würde sich doch fragen, ob dann nicht unter Umständen dem Befehlsträger ein Recht des Widerspruches gegen den Arrest eingeräumt werden müßte.

So Viel ist zunächst gewiß, daß wenigstens das Römische Recht überhaupt darauf verzichtet, jede zum gegenwärtigen Vermögen des Exequendus gehörige Forderung unter allen Umständen als Executionsobject zu verwenden. Jedenfalls nimmt die

l. 15, §. 9 D. de re iud. 42, 1 in der bestimmtesten Weise und in ausdrücklich hervorgehobenem Gegensatze zu dem nach l. 15 cit. §. 4 bei körperlichen Sachen einzuschlagenden Verfahren streitige Forderungen von der Beschlagnahme aus. Wenn nämlich der dritte Schuldner seine Verbindlichkeit ableugnet, so soll keineswegs der Richter innerhalb des Executionsverfahrens darüber irgend eine Cognition anstellen, sondern einfach dieses Executionsobject ganz aus dem Spiele lassen. Damit stimmt auch überein die l. 3 C. quando fiscus vel priv. 4, 15, wenn sie die Schuldner der Schuldner des Fiscus nur dann durch das officium des procurator Caesaris zur Zahlung anhalten lassen will, „si debitum non infitiantur“; in diesem letzteren Falle liegt die Sache nur insofern praktisch etwas anders, als der Fiscus selbst einen leugnenden Schuldner seines Schuldners, von der Execution durch pignoris capio absehend, auf Grund seiner gesetzlichen Generalhypothek mit einer regelrechten utilis actio („actio fiscalis“ in l. 4 C. quando fisc. vel priv.) belangen kann.

Ohne Zweifel liegt dabei folgende Erwägung zu Grunde: bei einer Sache, die körperlich im Gewahrsam des Exequendus vorgefunden ist, mag der Richter nach summarischer Cognition über den von einem Dritten erhobenen dinglichen Anspruch hinweg schreiten, weil, wenn derselbe dennoch begründet sein sollte, jedenfalls die Lage des Dritten durch die richterliche Veräußerung der Sache nicht erheblich verschlechtert wird: sonst hätte er vom Exequendus vindicieren können; jetzt kann er von dem Käufer des Pfandes vindicieren; dagegen einen angeblichen Schuldner, sei es vorläufig, unter Vorbehalt des Rückforderungsrechtes, sei es definitiv, zu verurtheilen, ohne daß er von dem angeblichen Gläubiger in einem regelrechten Processe ausgeklagt wäre, würde

unbillig sein. Gegen chicanösen Mißbrauch dieser Bestimmung aber findet der Executionssucher Schutz in der actio de dolo, die er gegen Denjenigen anstellen kann, welcher als Befehlsträger ihn durch bösliches Ableugnen seiner eigenen Verbindlichkeit etwa in Schaden gebracht hätte.

Wie nun hier auf die Interessen des Befehlsträgers Rücksicht genommen ist, damit er nicht durch das an sich ihm fremde Executionsverfahren in Schaden komme, so möchte sich eine gleiche Rücksichtnahme doch auch wohl in anderen Fällen rechtfertigen. Wenn also Derjenige, bei dem seine auf einem gegenseitigen Vertrage beruhende Verbindlichkeit mit Beschlag belegt würde, diese zwar nicht bestritte, aber in glaubhafter Weise vorbrächte, daß ihm seine Aussicht auf die Gegenleistung thatsächlich beeinträchtigt würde, wenn man ihm nicht gestattete, seine Leistung dagegen dem andern Contrahenten selbst zu entrichten, so müßte man doch wohl billiger Weise auf die Beschlagnahme verzichten. Und ein solcher Fall würde ja, wie in §. 3 angedeutet, bei der Beschlagnahme noch zu verdienenden Lohnes vorliegen, wenn diese wirklich an sich zuläßig wäre. Unter dieser Voraussetzung würde also die Analogie jener Römischen Bestimmung dahin führen, mindestens dem Arbeitgeber ein Widerspruchsrecht zu gestatten und, wenn er von vorn herein Gegenvorstellungen erhebt, von der ganzen Maßregel abzusehen.

Allerdings scheint es nun zweifelhaft, ob nicht das heutige gemeine Recht darin vom Römischen Rechte abweicht, daß es auch streitige Forderungen als Executionsobjecte zu verwenden gestattet. Es ist sogar nicht zu verkennen, daß gerade in dieser Anwendung sich schon vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus Manches gegen eine solche Berücksichtigung der Interessen des Befehlsträgers einwenden läßt. Denn obwohl an sich das Gewicht

der oben dafür angeführten Gründe unleugbar ist, so ließen sich doch ungefähr dieselben Bedenken auch gegen die vertragsmäßige Verpfändung oder die Cession einer streitigen Forderung vorbringen: und doch gewährt das Römische Recht dem Forderungspfandgläubiger, wie dem Cessionar auch gegen den seine Verbindlichkeit leugnenden Schuldner eine utilis actio; wenigstens scheinen mir die Argumente, mit denen von Salpius (Novation und Delegation, S. 417 f.) für die Verpfändung, und, so viel das ältere Recht anlangt, auch für die Cession das Gegentheil darthun will, nichts weniger als überzeugend zu sein. Folgerichtig wäre es also wohl gewesen, da man einmal überhaupt Forderungen als Executionsobjecte verwandte, sich auch durch Ableugnen des Schuldners nicht ohne Weiteres stören zu lassen. Daß man so weit in der Consequenz nicht gegangen ist, erklärt sich historisch wohl daraus, daß, wie ich wenigstens glaube, die pignoris capio als Executionsmodus in Civilprocessen überhaupt nur nach und nach in der Kaiserzeit als ein Verfahren extra ordinem (in dem Sinne von Rudorffs „Römischer Rechtsgeschichte", Bd. 1, §. 5) Eingang gefunden hat.

Es fehlt aber nicht an Anzeichen dafür, daß das Deutsche Gewohnheitsrecht jene Consequenz gezogen hat. Wenigstens bezeugt z. B. Mevius, unter den älteren Praktikern eine Hauptauctorität in dieser Materie, zunächst als gewohnheitsrechtlich feststehendes Minimum in dieser Beziehung, daß der Arrestimpetrant den Befehlsträger zur Beeidigung seiner das Schuldverhältniß betreffenden Angaben gerichtlich anhalten lassen könne, im Tract. de arrestis, cap. 9, num. 38. 39: was schon über das Römische Recht hinaus geht. Ferner aber behauptet er sogar, daß der Impetrant dem leugnenden Befehlsträger gegenüber dessen Verbindlichkeit beweisen und, nachdem er in die arrestierte

Forderung eingewiesen sei, ihn wie ein Cessionar belangen könne, im Tract. cit. cap. 9, num. 40, und cap. 22, num. 25, unter Berufung auf Pecks Tract. de iure sistendi, cap. 4, num. 11 in f., und auf den täglichen Gerichtsgebrauch seiner Zeit. Bei dieser Sachlage bin ich nicht im Stande, eine bestimmte Ansicht darüber zu äußern, was in dieser Frage gemeinen Rechtens sein mag.

Dadurch scheint denn freilich das Gewicht der obigen, von l. 15, §. 9 D. und l. 3 C. citt. hergeleiteten Argumentation für das heutige Recht etwas verringert zu werden. Eigentlich aber bleibt trotzdem der Grundsatz, daß billiger Weise der Arrest nicht aufrecht gehalten werden sollte, wenn der Befehlsträger darunter leiden würde, um so mehr bestehen, als, wie gezeigt, gerade jene specielle Anwendung desselben im Grunde schon nach Römischem Recht nur halb consequent war. Noch dazu spricht gerade Mevius a. a. O. cap. 9, num. 51 sub fin. das allgemeine Princip aus:

> „Eius, penes quem res vel pecunia alterius arresto detinetur, exinde deteriorem causam fieri non debet“,

— einen Satz, für den ich nur in grammatischer Beziehung nicht die Vertretung übernehmen möchte, — und zwar beruft er sich dabei wiederum auf Peck im Tract. de iure sist. cap. 44, num. 7: in welchem Citat freilich, wie die Vergleichung ausweist, ein Schreib- oder Druckfehler stecken muß. Unter diesen allgemeinen Satz würde aber sicher auch unser Fall zu begreifen, also auf Grund desselben dem Arbeitgeber ein Widerspruchsrecht gegen die Beschlagnahme einzuräumen sein.

B. Die Beschlagnahme gegenseitiger Obligationen ist überhaupt nur unter Oblation der Gegenleistung zulässig.

1. Uebersicht über das Folgende.

§. 10.

Uebrigens lege ich auf die so eben gegebene Deduction nur geringes Gewicht, weil eben nach meiner Ansicht die einstweilen zugestandene Voraussetzung, daß hier eine Beschlagnahme mit der fraglichen Rechtswirkung an sich möglich wäre, gar nicht zutrifft. Vielmehr wird sich zeigen, daß die Beschlagnahme gegenseitiger Obligationen überhaupt nur so stattfinden kann; daß von Seiten des Impetranten gleichzeitig dabei die Gegenleistung angeboten werde. Damit fällt denn andrerseits von vorn herein jede Veranlassung zu dem so eben eventuell begründeten Widerspruchsrechte des Befehlsträgers weg. Ferner aber kann bei manchen Fällen gegenseitiger Obligationen, und unter andern gerade auch bei der Forderung, die dem Arbeiter oder Dienstboten gegen seinen Arbeitgeber oder Dienstherrn aus dem Miethvertrage zusteht, die erwähnte Modalität der Beschlagnahme überhaupt gar nicht beobachtet werden: in diesen Fällen ist also die Beschlagnahme gänzlich ausgeschlossen.

Um Dies darzuthun, will ich im Folgenden zunächst die rechtliche Natur der aus gegenseitigen Verträgen entspringenden Obligationen im Allgemeinen besprechen, sodann die Consequenzen ziehen, die sich aus dieser Besprechung für die rechtliche Beurtheilung der Cession und vertragsmäßigen Verpfändung von solchen Obligationen ergeben werden, und endlich von diesen letztern Resultaten die analoge Anwendung auf die richterliche Beschlagnahme machen.

2. Rechtliche Natur der gegenseitigen Obligationen.

§. 11. Ueberhaupt.

In Betreff der allgemeinen Natur der gegenseitigen obligatorischen Verträge halte ich für die einzige richtige Auffassung die, welche vor einigen Jahren (1860) von Keller im Jahrbuche des gem. D. R. Bd. 4, No. 11, vorgetragen hat, welche sich auch in seinen seitdem herausgegebenen Pandekten-Vorlesungen (§. 243) wieder findet, und die im Wesentlichen wiederholt ist von Karlowa in der Schrift: „De natura atque indole *συναλλάγματος*, quod emptioni venditioni ceterisque obligationibus mutuis inesse dicitur" (Bonnae 1862).

Nach dieser Auffassung hat auf Grund des gegenseitigen Vertrages bis auf Weiteres nicht etwa der eine Contrahent die Leistung schlechtweg, der andere die Gegenleistung schlechtweg zu fordern, sondern der eine nur die Leistung gegen die Gegenleistung, der andere die Gegenleistung gegen die Leistung, also z. B. der Verkäufer die Geldzahlung gegen Tradition der Sache, der Käufer die Tradition der Sache gegen Geldzahlung. Erst dadurch, daß der eine Contrahent seinerseits leistet, oder daß ein Ereigniß eintritt, welches Dem in dieser Hinsicht gleichsteht, z. B. beim Kaufvertrage dadurch, daß die verkaufte Sache ohne Schuld des Verkäufers untergeht, verwandelt sich die Forderung jenes Contrahenten in eine Forderung auf die Leistung schlechthin, vorausgesetzt daß er eben nicht unmittelbar gegen die Gegenleistung die Leistung einzieht. Mit Recht hebt von Keller in den „Pandekten" noch hervor, daß auch das Verlangen einer gerichtlichen Deposition der Leistung vor der Darbringung der Gegenleistung gänzlich unbegründet sein würde.

Durch diese Auffassung der gegenseitigen Obligationen erledigt sich zugleich die Streitfrage wegen der sogenannten exceptio non adimpleti contractus in folgender Weise. Von einer exceptio kann hier überhaupt keine Rede sein; aber es sind zweierlei petita z. B. bei der actio venditi denkbar: entweder der Verkäufer klagt darauf, daß der Käufer ihm zur Zahlung gegen Tradition verurtheilt werde: diese Klage ist durch die bloße Behauptung des Kaufabschlusses fundiert; oder er klagt auf Verurtheilung zur Zahlung schlechthin: dann muß er in der Geschichtserzählung die von ihm vollzogene Tradition der Sache, oder einen Umstand, wodurch dieselbe in dieser Beziehung ersetzt werden kann, z. B. den casuellen Untergang der Sache, anführen. Ob er, wenn er diese Anführung unterläßt, sich nur einer Pluspetition schuldig mache, oder überhaupt ganz unschlüssig klage, diese Frage hat v. Keller offen gelassen; sie wird wohl mit Bekker (Jahrb. des gem. D. R. Bd. 5, S. 118) zu Gunsten der bloßen Pluspetition zu entscheiden sein.

Im Uebrigen stehen sich die gegenseitigen Obligationen der beiden Contrahenten insofern selbstständig gegenüber, als z. B. die eine gültig, die andere aus irgend einem Grunde ungültig sein kann.

Von Anfang an habe ich diese Veröffentlichung v. Kellers für eins der größten Verdienste gehalten, die er sich um die civilistische Wissenschaft erworben hat; das Räthsel der gegenseitigen Verträge und der exceptio non adimpleti contractus schien mir damit völlig gelöst zu sein. Ich selbst hatte früher, da ich dieser Einsicht entbehrte, die betreffenden Rechtsverhältnisse an verschiedenen Stellen meiner Schrift „zur Lehre von den Formalcontracten" irrig aufgefaßt, und war dadurch, beiläufig bemerkt, in dem dort behandelten Hauptpunkte, nämlich in der Frage, ob

nach heutigem gemeinen Rechte der materielle Rechtsgrund zum wesentlichen Inhalte des obligatorischen Vertrages gehört, zu einem Ergebnisse geführt worden, welches ich nunmehr als falsch verwerfe: seitdem ich durch den Keller'schen Aufsatz besser über die gegenseitigen Verträge belehrt worden bin, nehme ich unbedenklich an, daß nach unserm geltenden Rechte aus jedem einseitigen Versprechen ohne Angabe des Rechtsgrundes geklagt werden kann. Doch Dies wird vielleicht anderswo noch einmal näher zu erörtern sein.

Es scheint mir einleuchtend, daß die Keller'sche Auffassung dem inneren Wesen der gegenseitigen Verträge wie keine andere entspricht. Dies ist von ihrem Urheber selbst so schlagend dargethan worden, daß ich in dieser Beziehung lediglich auf seine Ausführungen verweise. Auch daran, daß diese Auffassung mit ihren Consequenzen im Römischen Recht nicht so unmittelbar zur Sprache kommt, wird man keinen Anstoß nehmen; denn der größte Theil der Römischen Quellenerörterungen bewegt sich eben auf dem Boden des classischen Römischen Processes, der Verurtheilungen auf Leistung gegen Gegenleistung natürlich nicht kannte, weil er überhaupt nur Verurtheilungen auf das Interesse in Geld zuließ.

Trotzdem hat die neue Lehre mehrfachen Widerspruch erfahren, dem Beachtung nicht versagt werden darf. Zwar die Ausführungen von W. A. Puchta, im Jahrb. des gem. D. R. Bd. 5, No. 5, sind, obwohl in Ansehung der sogen. exceptio non rite adimpleti contractus recht verdienstlich, doch, so weit sie sich auf den hier in Rede stehenden Streitpunkt beziehen, so wenig zutreffend, daß man sich ein Eingehen auf dieselben ersparen kann, wenngleich der Verfasser selbst am Schlusse seines Aufsatzes sein Verhältniß zur Lehre von der exc. non

adimpleti contractus demjenigen des Columbus zu dem bekannten Ei vergleicht. Aber es läßt sich nicht verkennen, daß die Keller'sche Behandlung gewisser Quellenstellen Schwächen darbietet, welche nicht ohne Veranlassung von Bekker, im Jahrb. des gem. D. R. Bd. 5, No. 6, Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts, Bd. 2, §. 321, Anm. 2, und Dernburg, Compensation, Aufl. 2, §. 9, als Angriffspunkte wider die ganze neue Lehre benutzt worden sind. So wird es denn nöthig, noch etwas bei dieser allgemeinen Vorfrage zu verweilen.

Ganz entscheidend scheinen mir für die Keller'sche Auffassung die vielen Stellen zu sein, in welchen Fälle zur Sprache kommen, wo durch den Kaufvertrag nicht in derselben Person zugleich Forderung und Verbindlichkeit begründet werden: Fälle, die man sonst sich durch die Theorie von den sogen. negotia claudicantia nur kümmerlich zurecht zu legen suchte. Wenn ein Unmündiger ohne tutoris auctoritas kauft oder verkauft oder einen andern gegenseitigen Vertrag schließt, so wird er durchaus nicht obligiert, sondern erhält nur seinerseits ein Forderungsrecht; dennoch hat er auf die betreffende Leistung des andern Contrahenten nur mit der Maßgabe Anspruch, daß er dagegen die Gegenleistung zu entrichten hat (pr. I. de auct. tut. 1, 21. l. 5, §. 1 D. de auct. et cons. 26, 8. l. 13, §. 29 D. de A. E. V. 19, 1. l. 7, §. 1 D. de resc. vend. 18, 5). Ganz analog wird der Fall entschieden, wo eine res furtiva von Jemandem, der diese ihre Eigenschaft nicht kennt, an einen um dieselbe Wissenden verkauft wird (l. 34, §. 3 D. de C. E. 18, 1). Wenn ferner ein Sklav oder ein Hauskind kauft oder verkauft, so haftet aus dem Vertrage zunächst nur der haushörige Contrahent selbst, der Sklav freilich nur naturaliter; daneben haftet der Gewalthaber dem andern Contrahenten nur nach den Grundsätzen von der actio

de peculio, resp. de in rem verso; dagegen das Forderungsrecht erwirbt der Gewalthaber (im Falle des Hauskindes nach Justinianischem Recht allerdings nur noch ausnahmsweise), aber nur in dem Sinne, daß er, wenn er es benutzen will, in solidum die Gegenleistung entrichten muß (l. 57, pr. D. de aed. ed. 21, 1. l. 31, §. 1 D. de R. C. 12, 1. l. 24, §. 2 D. de A. E. V. 19, 1: und zwar auch jeder von mehreren Herren des verkaufenden Sklaven in solidum, wenn auch der einzele Herr seinerseits das Forderungsrecht nur pro parte hat, nach l. 31, §. 8 D. de aed. ed. 21, 1). Jeder von mehreren Erben desselben Käufers kann seinen Antheil an der Forderung auf die Tradition der Sache nur gegen Zahlung des ganzen Kaufpreises geltend machen, obgleich seine Verbindlichkeit sich nur auf Zahlung der betreffenden Quote erstreckt (l. 78, §. 2 D. de C. E. 18, 1).

In allen diesen Fällen paßt jedenfalls die Erklärung durchaus nicht, welche die sogenannte exc. non adimpleti contractus daraus herleitet, daß Derjenige dolos handele, welcher die ihm aus dem Vertrage zukommende Leistung einklage, ohne dagegen die ihm nach demselben Vertrage obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen; denn ihm liegt ja in diesen Fällen theils gar keine Verbindlichkeit, theils doch nur eine weniger umfassende ob. Ueberhaupt giebt es keine Auffassung, aus der sich die erwähnten Entscheidungen so natürlich ableiten, wie aus der Keller'schen, und zu welcher die Ausdrucksweise der angeführten Stellen so vollkommen paßt.

Auch die, freilich unter jeder Voraussetzung schwierige, vielbesprochene l. 50 D. de A. E. V. 19, 1 erklärt sich am leichtesten von diesem Standpunkte aus: und daß ein nachträgliches pactum, welches den vertragsmäßigen Kaufpreis herabsetzt, nach l. 72,

pr. D. de C. E. 18, 1 und l. 2 D. de resc. vend. 18, 5 nur unter dem Gesichtspunkte einer vollständigen Aufhebung des ersten Contractes und Abschließung eines neuen Kaufes aufrecht erhalten wird, während doch sonst einschränkende pacta die Verpflichtungen des einen Contrahenten nachträglich mindern, ohne den Vertrag als solchen zu beseitigen. Das erscheint ebenfalls dann am besten begründet, wenn man in der Herabsetzung des Kaufpreises mit v. Keller zugleich eine Erweiterung des Forderungsrechtes des Käufers erblickt.

Dagegen muß ich zugeben, daß eine Stelle, auf welche sich v. Keller vorzugsweise beruft, nämlich die l. 13, §. 8 D. de A. E. V. 19, 1, allermindestens nicht so klar für seine Lehre spricht, daß sie als Hauptstütze für dieselbe benutzt werden dürfte. Ulpianus sagt daselbst:

> „Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo, etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit."

Es ist nicht zu leugnen, daß der Wortlaut dieser Stelle am besten zu der Ansicht paßt, wonach es überhaupt eine Klage aus dem Kaufe auf Tradition der Sache gegen Geldzahlung gar nicht giebt, sondern nur eine Klage auf Tradition der Sache schlechthin, zu deren Klaggrund aber außer dem Kaufabschlusse mindestens noch das Anbieten des Kaufgeldes gehört. Und wenigstens zur Noth vereinbar wäre die Stelle auch mit der andern, sonst herrschenden Ansicht, wonach das Klagen auf Tradition ohne Erbieten zur Preiszahlung eine dilatorische exceptio doli oder exc. non adimpleti contractus hervorrufen soll: insofern nämlich eine bonae fidei actio, der eine exc. doli entgegen steht, zugleich auch als ipso iure ausgeschlossen erscheint.

Da nun aber aus andern, innern wie äußern, Gründen die Keller'sche Auffassung den Vorzug verdient, so muß andrerseits betont werden, daß auch dieser die l. 13, §. 8 cit. nicht widerstreitet, sicher wenigstens dann nicht, wenn wir die Stelle vom Standpunkte der Ulpianischen Zeit aus erklären. Nach dem damaligen Proceßverfahren konnte allerdings, wie oben schon erinnert ist, von einer Condemnation zur Tradition gegen Preiszahlung nicht die Rede sein, wenn auch die eingeklagte Obligation diesen Inhalt hatte. Auf das Interesse in Geld konnte aber natürlich der Richter nach den Grundsätzen der bona fides den Beklagten nur dann verurtheilen, wenn der Kläger dem letztern vor der Condemnation Gelegenheit gegeben hatte, in natura zu erfüllen: und hierzu war ja gerade nach der Keller'schen Lehre Anbieten des Kaufpreises nöthig, da die fragliche Erfüllung nicht in der Tradition schlechthin, sondern nur in der Tradition gegen Geldzahlung zu bestehen hatte. Nun aber konnte man von einer Klage, die, so lange nicht eine gewisse Vorbedingung eingetreten war, selbst ohne daß der Beklagte während des Processes dem Kläger irgend Etwas leistete, zur Absolution führte, mit Recht sagen: „nondum est actio".

Allerdings paßt nun diese Argumentation nicht mehr auf das Justinianische Recht, da hier, wie ich wenigstens überzeugt bin, einer Verurtheilung zur Tradition gegen Preiszahlung Nichts im Wege stand. In dieser Beziehung muß ja aber auch irgend ein Nothbehelf der Auslegung genügen, um jeden Anstoß zu beseitigen. Wir dürfen uns daher dabei beruhigen, daß die Stelle im Justinianischen Rechte etwa dahin verstanden werden kann: zur Anstellung der actio empti auf Tradition gegen Preiszahlung liege keine thatsächliche Veranlassung vor, so lange der Käufer noch gar nicht einmal dem Verkäufer den Kauf-

preis angeboten habe, in demselben Sinne, wie man bei andern, einseitigen Ansprüchen ein Gleiches sagen kann, so lange noch nicht durch außergerichtliche Mahnung oder sonstwie festgestellt ist, daß der Schuldner die Erfüllung weigert: ein Umstand, der für die Beurtheilung des Kostenpunktes im Processe erheblich ist. Oder wenn wir die Beziehung der Stelle auf die rechtliche Zulässigkeit der actio empti für das Justinianische Recht aufrecht halten wollen, so können wir Dies dadurch erreichen, daß wir die Stelle nicht von der Klage auf Erfüllung, sondern von der Klage auf das Interesse wegen Nichterfüllung verstehen, welche unter Anderm ein vorgängiges Anbieten des Kaufpreises zur Voraussetzung habe.

Noch mehr scheint mir die Keller'sche Beweisführung einer Nachhülfe zu bedürfen in Ansehung der Stellen, welche nach den Gegnern eine der actio venditi zu opponierende exceptio mercis non traditae oder exceptio doli von derselben materiellen Bedeutung erwähnen sollen. Zwar was Gai. 4, 126, l. 25 D. de A. E. V. 19, 1 und l. 5, §. 4 D. de doli exc. 44, 4 anlangt, so ist die Sache von v. Keller schon ausreichend erledigt: es steht nicht nur Nichts im Wege, die Fälle so zu denken, daß der Kaufpreis zum Gegenstande eines nomen transcripticium oder einer Stipulation gemacht war, und daher die Klage, gegen welche die exceptio opponiert wird, die condictio certi, nicht die actio venditi, ist, sondern es lassen sich mehr oder weniger sogar noch außerhalb der gegenwärtigen Streitfrage gelegene Gründe dafür beibringen. Dagegen bei der l. 5 C. de evict. 8, 45, welche ausdrücklich die actio venditi nennt, ist dieser Ausweg unmöglich. Nichts aber kann, wie von den Gegnern v. Kellers mit Recht hervorgehoben ist, ungenügender sein, als seine Berufung darauf, daß die exceptio doli hier ja recht wohl

nur im materiellen Sinne gemeint sein, formell aber dennoch die actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises schlechthin, in ihrer Eigenschaft als bonae fidei actio, schon für ipso iure nicht begründet gelten könne. Denn daß die sogenannte exceptio non adimpleti contractus auch nur materiell eine exceptio zu nennen sei, Das muß ja in Gemäßheit der Keller'schen Auffassung gerade geleugnet werden.

Bei alle Dem bereitet in Wahrheit die l. 5 C. cit. der Keller'schen Lehre nicht die geringste Schwierigkeit. Wirklich erstaunlich ist es zwar, aber darum doch nicht minder wahr: weder v. Keller, noch seine Gegner haben bemerkt, daß die exceptio doli dieser Stelle überhaupt gar nicht die exc. non adimpleti contractus in dem Sinne ist, der hier allein in Frage steht, d. h. nicht die Berufung darauf, daß der Verkäufer den Preis verlange, ohne seinerseits die Sache tradiert zu haben oder tradieren zu wollen. Das Rescript lautet:

> „Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et needum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.“

Es handelt sich also um die Wirkung des Umstandes, daß der Verkäufer die verkaufte Sache verpfändet hat. Dieser Fall ist natürlich dem Falle ganz analog, wo der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft, und dann nicht etwa vor der Tradition an den Käufer sich auf irgend einem Wege das Eigenthum derselben verschafft. Auch in diesen Fällen gilt, wie sonst immer, der Satz, daß die Hauptverbindlichkeit des Verkäufers, gegen deren Erfüllung an sich der Kaufpreis gefordert werden kann,

nicht auf Uebertragung des Eigenthums, also auch nicht auf Uebertragung des von Pfandrechten freien Eigenthums, sondern nur auf Tradition der Sache geht. Aber sie unterscheiden sich von andern Fällen dadurch, daß nicht erst nach wirklicher Eviction der Sache Regreß an den Verkäufer wegen des gestörten habere licere stattfindet, sondern daß sofort gegen denselben wegen seines dolus auf das Interesse geklagt werden kann, nach l. 30, §. 1 D. de A. E. V. 19, 1. Von einer solchen actio empti nun spricht die l. 5 C. cit. in ihrem ersten Satze, und die Nichttradition der Sache ist hier wahrscheinlich bloß insofern als Voraussetzung noch besonders hervorgehoben, als es sonst aus praktischen Gründen leicht näher liegen könnte, daß der Käufer, statt seinerseits die actio empti anzustellen, wartete, bis der Verkäufer mit der actio venditi den Kaufpreis einklagte. Wahrscheinlich hat nun eben der zweite Theil der Stelle gerade im Gegensatze zum ersten diese andere Möglichkeit im Auge, daß der Verkäufer die Sache schon tradiert habe, und nun mit der actio venditi auftrete: daß dann diese exceptio doli Nichts mit der vermeintlichen exc. non adimpleti contractus gemein hat, sondern vielmehr auch der hier verfochtenen Auffassung des Kaufvertrages sich als eine eigentliche exc. doli darstellt, liegt auf der Hand. Uebrigens würde es nichts zur Sache thun, wenn man auch für den zweiten Satz der l. 5 cit. die Voraussetzung machte, daß der Verkäufer klage, ohne bis dahin tradiert zu haben: auch so würde die exc. doli sich nicht darauf beziehen, daß er klage, ohne sich zur Tradition zu erbieten, sondern darauf, daß er klage, während er die Tradition der Sache nur als einer von ihm selbst in einen Pfandnexus gebrachten anbieten könne. In ähnlicher Weise spricht auch Ulpianus in l. 13, §. 9 D. de A. E. V. 19, 1 von einer exceptio

doli, welche umgekehrt der wegen Eviction der tradierten Sache angestellten actio empti opponiert, und darauf gestützt wird, daß der Kaufpreis erst zum Theil gezahlt sei. Diese Stelle hätte in der That genau mit demselben Rechte oder Unrechte gegen v. Keller's Lehre geltend gemacht werden können, wie die l. 5 C. de evict. Und wenn l. 18, §. 1 D. de peric. et comm. 18, 6 und l. 24 C. de evict. 8, 45 bestimmen, daß der Käufer, dem bereits die Gefahr der Eviction drohe, den Kaufpreis retinieren könne, so lange ihm nicht Sicherheit geleistet sei, so hätte auch hier, was zufällig nicht geschehen ist, die exc. doli genannt werden können, ohne daß Dies der Keller'schen Auffassung des Kaufvertrages den geringsten Abbruch thäte.

§. 12. Die gegenseitigen Obligationen sind keine bedingten Obligationen.

Somit möchte denn wohl diese Auffassung der gegenseitigen Verträge, zunächst wenigstens so viel den Kaufvertrag anlangt, gegen alle Anfechtungen gesichert sein. Dabei ist vielleicht die Bemerkung nicht unwichtig, daß nun hiernach die gegenseitigen Obligationen aus dem Kaufvertrage, wie sie unmittelbar durch den Abschluß begründet werden, durchaus nicht als bedingte erscheinen: obwohl v. Keller selbst (Pandekten, §. 243) diese Bezeichnung einmal gebraucht hat. Genau genommen, verhält sich aber die Sache folgendermaßen. Zunächst entsteht überhaupt gar keine Forderung auf die Sachtradition, weder eine unbedingte, noch eine durch die Preiszahlung bedingte, sondern nur eine unbedingte Forderung auf Sachtradition gegen Preiszahlung; eben so wenig entsteht eine Forderung auf den Kaufpreis, weder eine unbedingte, noch eine durch die Sachtradition bedingte, sondern nur eine unbedingte Forderung auf den Kaufpreis gegen Sachtradition.

Zur Vergleichung mag in dieser Hinsicht der Fall des Universalfideicommisses dienen, wo dem Erben auferlegt ist, accepta certa re vel quantitate die Erbschaft dem Fideicommissar zu restituieren. In l. 13, §. 6 D. de H. P. 5, 3 wird diese certa res vel quantitas weniger genau als ein condicionis implendae gratia acceptum bezeichnet. Aber Claudius Tryphoninus, in l. 109 D. de cond. et dem. 35, 1, ist geneigt, das „acceptis centum nummis“ nicht als Bedingung, sondern vielmehr als Einschränkung des Inhaltes des Fideicommisses aufzufassen und demgemäß ein solches Vermächtniß hinsichtlich des dies cedens nicht als bedingtes zu behandeln. Die Stelle lautet:

> „Idem (sc. Scaevola) libro vicesimo Digestorum. — A testatore rogatus, ut acceptis centum nummis restitueret hereditatem Titiae coheredi suae, adita hereditate decessit; similiter et Titia, antequam daret centum: quaesitum est, an heres Titiae offerendo centum ex fideicommisso partem hereditatis consequi possit. Respondit heredem condicioni parere non posse. Claudius: Magno ingenio de iure aperto respondit, cum potest dubitari, an in proposito condicio esset.“

Also Scävola scheint die aufgestellte Frage mittelbar zu verneinen, indem er den allgemeinen Satz ausspricht, der Erbe eines Vermächtnißnehmers könne die Bedingung des Vermächtnisses nicht mehr erfüllen; in der That aber zieht er sich nur, wie Tryphoninus, etwas maliciös Scävolas „ingenium“ preisend, hervor hebt, mit einem „truism“, wie die Engländer sagen würden, aus der Sache und umgeht die Beantwortung; denn Das ist ja gerade die Frage, ob es sich hier um eine Be-

dingung, und nicht vielmehr um eine einfache Gegenleistung handelt, welche gewissermaßen negativ zum Gegenstande des Vermächtnisses gehört, nach Analogie des Universalfideicommisses retenta vel deducta certa re vel quantitate.

In der letztern Weise wird ja nun auch wirklich die accepta certa res vel quantitas behandelt in Beziehung auf die Falcidische Quart: nämlich sie wird auf dieselbe angerechnet, während Dies mit dem eigentlichen condicionis implendae gratia acceptum anders ist. Allerdings ist diese Lehre bekanntlich sehr bestritten, und ich kann hier nicht näher darauf eingehen. Nur Das sei noch hervor gehoben, daß in einer der hier in Betracht kommenden Stellen, nämlich der l. 30, §. 7 D. ad leg. Falc. 35, 2, gerade die Analogie der accepta certa pecunia mit einem Kaufpreise betont wird, um die Auffassung, welche hier eine Bedingung sehen möchte, zu beseitigen, in den Worten:

> „— — tamen id, quod non figura condicionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Iuliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi."

Dabei würde es auch nur wenig zur Sache thun, wenn wirklich, wie Mommsen meint, der letzte, mit quia beginnende Satz weder dem Mäcianus, noch etwa den Compilatoren angehören sollte, sondern als ein Glossem zu streichen wäre; denn derselbe Gedanke, nur nicht ganz so nachdrücklich ausgesprochen, liegt auch schon dem unzweifelhaft echten Theil der Stelle zu Grunde.

Aus der modernen Rechtsentwicklung bringe ich zur Ver-

gleichung noch bei die Wechselobligation und ähnliche Scripturobligationen, deren Gegenstand nicht in der Zahlung schlechthin, sondern in der Zahlung gegen Auslieferung der quittierten Urkunde besteht: Niemandem wird es einfallen, Dies so aufzufassen, als ob hier der Aussteller etwa unter einer Bedingung zur Zahlung verpflichtet wäre.

§. 13. Von den Miethverträgen insbesondere.

Es ist aus der Zahl der gegenseitigen obligatorischen Verträge in den letzten Ausführungen zunächst der Kaufvertrag als bequemstes Beispiel herausgegriffen worden; man würde sich aber irren, wenn man meinte, daß es sich beim Miethvertrage, der uns bei unserer Untersuchung allerdings vorzugsweise interessiert, grundsätzlich nicht eben so verhalte. Zwar in einem Punkte gestaltet sich hier die Anwendung des Grundsatzes mit innerer Nothwendigkeit anders. Die Leistung des Vermiethers nimmt sowohl bei der Sach-, als auch bei der Dienstmiethe eine längere Zeitdauer in Anspruch, während die Leistung des Miethers, die Geldzahlung, sich als ein einzeler Act, oder möglicher Weise, wenn der Miethvertrag sich gleich über mehrere Termine erstreckt, als mehrere einzele Acte darstellt. Leistung und Gegenleistung können also nicht in einem Momente ausgetauscht werden, und zwar muß, wenn nichts Anderes verabredet ist, der Vermiether mit seiner Leistung den Anfang machen.

Man kann sich nun die Sachlage so denken, daß es dem Miether gerade nur darum zu thun ist, darauf zu klagen, daß der Vermiether ihm die gemiethete Sache nur erst einmal zum Gebrauche ausliefere, den übernommenen Dienst antrete, u. s. w. Diese Klage würde natürlich schon durch die bloße An-

führung des Vertragsschlusses genügend substantiiert sein. Dagegen kann natürlich der Miether je nach Lage der Verhältnisse auch die actio conducti auf die Vertragserfüllung im Ganzen richten: und wenn er da nicht im Stande ist, zu behaupten, daß er seinerseits schon gezahlt habe, so klagt er falsch, wenn er auf die Gebrauchsgewährung, die Dienstleistung schlechthin, und nicht vielmehr auf die Gebrauchsgewährung oder die Dienstleistung gegen Geldzahlung klagt. Mit einer Stelle des Römischen Rechtes läßt sich Dies freilich nicht ausdrücklich belegen, eben so wenig übrigens widerlegen; denn die l. 24, §. 4 D. loc. 19, 2, die nicht etwa von einer Klage auf Erfüllung, sondern vielmehr von einer Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung spricht, kann hier nach keiner Richtung hin in Betracht kommen. Aber es liegt in der Natur der Sache, daß, streng genommen, das Miethgeld nicht etwa erst nach empfangener Leistung des Vermiethers zu zahlen ist, sondern Zug um Zug im letzten Augenblicke derselben. Am deutlichsten tritt Dies in den Fällen hervor, wo die Leistung des Vermiethers mit der Auslieferung einer Sache abzuschließen hat, wie es häufig bei der locatio conductio operis vorkommt. Hier braucht der Uebernehmer des opus die Sache nicht etwa vor Empfang des Lohnes abzuliefern, sondern nur unmittelbar gegen denselben, so z. B. der Schneider den Rock, den er aus dem dem andern Contrahenten gehörenden Tuche angefertigt hat, nur gegen Zahlung des Macherlohnes, der Frachtführer oder Verfrachter das Frachtgut nur gegen Zahlung der Fracht, und was dieser anhängt. Auch Dies mag zwar in unsern Römischen Rechtsquellen nicht ausdrücklich stehen, entspricht aber gewiß dem Sinne des Römischen Rechtes, und ist auch im modernen Verkehr nie bezweifelt worden.

Zur Unterstützung sei auf die betreffenden Bestimmungen des Deutschen Handelsgesetzbuches hingewiesen. Für den Seefrachtvertrag spricht dieses den fraglichen Satz ausdrücklich aus und regelt das Zurückbehaltungsrecht des Verfrachters näher in den Artikeln 615, 616, Abs. 1, 625 und 629, Abs. 2; ohne diese Voraussetzung wäre auch die Bestimmung des Art. 627, wonach der Verfrachter durch die Auslieferung der Frachtgüter den Anspruch gegen seinen ursprünglichen Contrahenten, den Befrachter, verliert und sich fortan nur an den Empfänger halten kann, legislativ undenkbar. Singulär ist dabei nur die Bestimmung des Art. 625, wonach im Falle des Streites über die Forderungen des Verfrachters dieser die Güter schon nach bloßer gerichtlicher Deposition der streitigen Summe auszuliefern verpflichtet ist. Das HGB. steigert übrigens das fragliche Retentionsrecht des Verfrachters sogar zu einem Pfandrecht, in den Artikeln 624, 626 und 629, Abs. 2. Da im Art. 409 ein analoges Pfandrecht auch für die Land-, Fluß- und Binnengewässerfracht eingeführt ist, so ist schon damit auch für diese Fälle des Frachtvertrages entschieden, daß der Frachtführer das Gut nicht ohne Zahlung auszuliefern braucht. Die Bestimmungen über das Retentionsrecht als solches sind in diesem Abschnitte des HGB. allerdings nicht völlig so präcis, wie bei der Seefracht; jedoch würde auch hier eine Vergleichung der Artikel 403, 405, 412 und 409, Abs. 1, ein gleiches Resultat ergeben.

Es ist also durchaus die Ansicht Derer zu verwerfen, welche, wie v. d. Pfordten (Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte, S. 321 ff.), Sintenis (Civilrecht, Bd. 2, §. 97, II, 4 und 5) und Förster (Preuß. Privatrecht, Bd. 1, §. 83), in dieser Beziehung zwischen Kaufvertrag und den analogen Verträgen einerseits und Miethvertrag und den diesem analogen Verträgen

andrerseits grundsätzlich unterscheiden und nur bei den erstern eigentliche Gegenleistungen im engern Sinne als gewollt ansehen, bei den letztern dagegen regelmäßig den Vermiether u. s. w. für zur Vorleistung, den Miether u. s. w. für nur zur Nachleistung verpflichtet erklären.

Hat demnach auch der Vermiether ein Recht auf Leistung Zug um Zug, so folgt daraus ferner, daß er mit *seiner* Leistung inne halten darf, sobald der Miether im Voraus den Willen zu erkennen giebt, seinerseits seinen vertragsmäßigen Verpflichtungen nicht nachzukommen, oder sonst nach den Umständen, z. B. wegen seiner Insolvenz, anzunehmen ist, daß er Dies nicht thun werde. Wenn der Vermiether sich auf eine solche Sachlage berufen könnte, so würde demgemäß auch der Miether mit der oben erwähnten, bloß auf *den Anfang* der Erfüllung von Seiten des Vermiethers gerichteten Klage ausnahmsweise nicht durchdringen; denn hier hat von der *ganzen* Leistung des Vermiethers zu gelten, was l. 13, §. 8 D. de A. E. V. 19, 1 und l. 31, §. 8 D. de aed. ed. 21, 1 vom Verkäufer in Beziehung auf die ganze verkaufte Sache sagen: „quasi pignus“, oder: „pignoris loco eam retinere potest“. In diesem letztern Falle würde übrigens die Berufung des Vermiethers hierauf offenbar sich als wahre Einrede darstellen, und nach Römischem Sprachgebrauch würde Nichts hindern, hier von einer exceptio doli zu reden. Auch kann natürlich in solchen Fällen der Vermiether seinerseits gegen den Miether klagbar werden, selbstverständlich auch wieder nicht auf Zahlung schlechthin, sondern auf Zahlung gegen vorgängige Leistung von Seiten des Klägers. Dabei ist nur zu beachten, daß diese letztere Leistung, wenn sie vertragsmäßig an einen bestimmten Zeitabschnitt gebunden ist, ersetzt wird durch den Umstand, daß sie *innerhalb dieser Zeit* (vgl. zur

Analogie l. 20, §. 5 D. de st. lib. 40, 7) wegen der Weigerung des Miethers, sie anzunehmen, oder später das Miethgeld dafür zu entrichten, unterblieben ist.

Eine solche, sogar sofortige Klage des Vermiethers wird in l. 24, §. 2 D. loc. 19, 2 ausdrücklich von Paulus anerkannt für den Fall, daß der Miether oder Pächter eines Grundstückes die Benutzung desselben unterläßt. Hier kommt allerdings noch als besondere Veranlassung zur Klage hinzu, daß dem Vermiether oder Verpächter die Pfandsicherung durch die invecta et illata, bez. durch die zu ziehenden Früchte, entgeht, auf welche er bei ordnungsmäßigem Gebrauche des vermietheten Grundstückes rechnen durfte: daher kann ohne Zweifel in diesem Falle vor Allem auch auf Sicherheitsleistung geklagt werden. Auch davon abgesehen, würde nach dem Proceßrechte der classischen Zeit selbstverständlich überhaupt nie an eine Verurtheilung zur Zahlung gegen Gebrauchsüberlassung zu denken gewesen sein; sondern der Richter würde dem Beklagten die Leistung einer geeigneten Verbalcaution angesonnen haben, in dem Falle der l. 24, §. 2 cit. nach dem eben Gesagten nun also gar die Leistung einer Realcaution, und würde sodann bei Nichtleistung dieser Caution auf das Interesse in Geld condemniert haben: Alles in Gemäßheit der allgemeinen Regel von der Zulässigkeit einer Klage auf (Verbal- oder Real-) Caution, welche l. 41 D. de iud. 5, 1 und l. 38, pr. D. pro soc. 17, 2 für die bonae fidei iudicia aufstellen. Nach heutigem Recht würde aber eben so selbstverständlich trotzdem einer Condemnation auf Zahlung gegen Gebrauchsüberlassung Nichts im Wege stehen.

3. Cession und Verpfändung gegenseitiger Obligationen.

§. 14. Möglichkeit derselben im Allgemeinen.

So vorbereitet, treten wir nun zunächst an die Frage heran, ob und in welchem Sinne ein einem gegenseitigen Vertrage entsprungenes Forderungsrecht einem Dritten cediert oder verpfändet werden kann. Cession und vertragsmäßige Verpfändung brauchen, wegen ihrer entschiedenen Analogie, bei dieser Erörterung nicht sorgfältig aus einander gehalten zu werden, nachdem ich mich gegen mögliche Mißverständnisse durch das über diesen Punkt im §. 7 Bemerkte gesichert habe.

Vor Allem ist es zweifellos, daß derjenige Anspruch auf die Leistung schlechthin, welcher dadurch entstanden ist, daß die Gegenleistung von Seiten des Cedenten, oder was derselben in dieser Beziehung gleichsteht, erfolgt ist, ohne daß dieser unmittelbar dagegen die Leistung eingezogen hat, so gut wie jede andere einseitige Forderung Gegenstand der Cession sein kann. Viele Quellenstellen, in welchen eine Cession der actio empti, venditi &c. vorkommt, haben dabei nichts Weiteres als Dies im Sinne. Auch leuchtet ein, daß auch schon während der Zeit, zu welcher die auf dem gegenseitigen Vertrage beruhende Forderung noch mit der Gegenseitigkeit behaftet ist, jedenfalls unter der Bedingung eine Cession oder Verpfändung derselben würde vorgenommen werden können, daß sie durch Darbringung der Gegenleistung ohne sofortige Einziehung der Leistung zu einer einseitigen werden sollte.

Schwierigkeiten hat in dieser Lehre dagegen die Frage gemacht, ob und inwiefern die aus einem gegenseitigen Vertrage

entspringende Forderung, so lange ihr Gegenstand noch in der Leistung gegen Gegenleistung besteht, mit sofortiger Wirkung cediert werden könne. Dies nämlich ist die richtige Formulierung des Streitpunktes, der früher oft dahin gefaßt worden ist, ob „das ganze durch den gegenseitigen Vertrag begründete Rechtsverhältniß", oder auch ob „mit Verbindlichkeiten gemischte Rechte" cediert werden könnten.

Ich will hier nicht gerade das ganze, in neuerer Zeit öfters durchgehandelte Material dieses Streites nochmals vorführen, und verweise daher vor Allem einerseits auf Mühlenbruch, Cession, Aufl. 3, S. 309 ff., und v. Vangerow, Pandekten, Bd. 3, §. 643, Anm. 2, andrerseits auf Cropp, in Heises und Cropps jurist. Abhandlungen, Bd. 2, Nr. 10, Dernburg (sen.), Abhandlungen, S. 38 ff., Mommsen, Erörterungen aus dem Obl. R., Heft 1, S. 134 ff., Anm. 13, und Schmid, Cession, Th. 2, S. 311 ff. Die vier letztgenannten Schriftsteller sind hier Mühlenbruch und v. Vangerow gegenüber Vertreter der heutzutage herrschenden Lehre, daß im Allgemeinen gegen die hier in Rede stehende Cession Nichts einzuwenden sei, und im Großen und Ganzen stimme ich ihnen bei, freilich unter Vorbehalt genauerer Bestimmung der einzelen Consequenzen; denn in dieser Beziehung wird die Verschiedenheit in der allgemeinen Auffassung der gegenseitigen Verträge von Bedeutung. Auch muß ich bemerken, daß nach meiner Ansicht unter den von den Vertheidigern der richtigen Lehre angeführten unmittelbaren Quellenbelegen, wie auch schon Cropp hervorgehoben hat, höchstens l. 49, pr. D. de A. E. V. 19, 1 und l. 13 D. qui pot. 20, 4 mit einiger Sicherheit als solche anerkannt werden können; denn hier allein ist zweifellos der Fall so gedacht, daß auf den Käufer des verpachteten oder vermietheten Grundstückes das

Klagrecht gegen den Pächter oder Miether übergehen soll, da in der erstern Stelle der Verkäufer sich im Kaufvertrage dem Käufer gegenüber für den richtigen Eingang der Pachtgelder verbürgt, und in der l. 13 cit. Uebergang des den Miethanspruch sichernden Pfandrechtes auf den Käufer angenommen ist. Andrerseits möchte ich kaum zugeben, daß diese beiden Stellen genügende Veranlassung zu der noch von Cropp als möglich zugestandenen Auslegung gewähren, als wäre dort Zuziehung des Pächters oder Miethers, also im Grunde Abschluß eines neuen Vertrages zwischen ihm und dem Käufer, vorausgesetzt.

Es ist aber auch, abgesehen von allen Quellenbelegen, durchaus kein innerer Grund erfindlich, weshalb unter allen Forderungsrechten gerade diese, deren Gegenstand in einer Leistung gegen Gegenleistung besteht, grundsätzlich nicht cessibel sein sollten. Höchstens dann könnte die Sache anders zu liegen scheinen, wenn jeder Gläubiger ein Recht darauf hätte, daß seinem Forderungsrechte gerade durch persönliche Handlung des Schuldners selbst Genüge geschehe. Dann nämlich könnte man so deducieren wollen: der debitor cessus brauche einerseits in seiner Eigenschaft als Gläubiger sich nicht gefallen zu lassen, daß statt des Cedenten der Cessionar ihm die Gegenleistung darbringe, andrerseits in seiner Eigenschaft als Schuldner nicht, daß ihm die Gegenleistung örtlich oder zeitlich getrennt von seiner Leistung zu Theil werde: folglich sei bei diesen Forderungen wegen der besondern Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung eine Cession ohne Zustimmung des Schuldners ausgeschlossen. Freilich könnte man Dem selbst unter der einstweilen angenommenen Voraussetzung schon mit Grund die Möglichkeit entgegen halten, daß Cedent und Cessionar, um Leistung und

Gegenleistung in einem Acte mit dem debitor cessus auszutauschen, gemeinschaftlich sich bei ihm einfänden. Aber vorläufig bedarf es gar nicht einmal einer Berufung auf diese Möglichkeit; denn nach der, durch l. 72, §. 2 D. de sol. 46, 3 gestützten, durchaus vorherrschenden Meinung der Rechtslehrer ist die Person des Leistenden für den Gläubiger regelmäßig gleichgültig: also kann in unserm Falle zunächst der Cessionar selbst als die Gegenleistung dem debitor cessus darbringend und sie mit dessen Leistung austauschend gedacht werden.

Dabei bleibt natürlich die andere Seite der durch den gegenseitigen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisse völlig unangetastet: die Gegenforderung, deren Inhalt in dem Anspruche auf die Gegenleistung gegen jene Leistung besteht, ist, wie sich von selbst versteht, nach wie vor gegen den Cedenten, nicht gegen den Cessionar, gerichtet. Dies darf aber auch eben so wenig irgend einen Anstoß erregen, wie der Umstand, daß nach Römischem Recht durch den von einer hausunterthänigen Person abgeschlossenen gegenseitigen Contract zwar diese selbst verpflichtet, dagegen aber der Gewalthaber berechtigt wurde.

Bei alle Dem kann diese ganze Frage ohne eine Auseinandersetzung mit der l. 32 D. loc. 19, 2 wohl kaum als erledigt gelten. Dies ist nämlich die Stelle, auf welche sich die Gegner vornehmlich berufen haben, um die Unmöglichkeit einer Cession „des ganzen durch eine locatio conductio begründeten Rechtsverhältnisses" darzuthun, und mir scheint nicht, daß Dem gegenüber die Vertheidiger der richtigen Ansicht die ganz zutreffende Entgegnung gefunden haben. Die Stelle lautet:

> „Iulianus libro quarto ex Minicio. — Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi

colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset; quodsi colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere, sicuti si quis rem, quam vendidisset necdum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus."

Vor Allem spricht, wie man sieht, die Stelle eigentlich gar nicht von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Cession; sondern sie sagt, dem Erben stehe keine Klage aus der locatio conductio zu, weil er das Eigenthum an dem Grundstücke verloren, und deshalb kein Interesse mehr an der Ausführung des Vertrages habe. Damit ist denn doch, genau genommen, noch nicht entschieden, ob Jemand, der eine solche Klage hat, sie würde cedieren können. Aber allerdings muß zugegeben werden, daß mit jener Entscheidung der l. 32 cit. der Cession der actio locati ein Hauptanwendungsfall versperrt sein würde; denn gerade für die Fälle würde sonst eine solche Cession nahe liegen, wo der Vermiether sein Eigenthum auf einen Andern überträgt. Deshalb ist die Stelle doch noch in nähere Erwägung zu nehmen.

Zunächst könnte man durch die Ausdrucksweise „fundum colendum locaverat" auf den Gedanken gebracht werden, die Stelle rede nicht von einer locatio conductio rei, sondern von einer locatio conductio operis, von einer Uebernahme der Bewirthschaftung des Grundstückes für Rechnung des Eigenthümers gegen Zahlung einer festen Summe. Hiergegen spricht indessen die wirthschaftliche Unwahrscheinlichkeit eines solchen Vertrages, der sonstige, feststehende Gebrauch des Wortes colonus für einen Pächter, endlich die am Schlusse

der Stelle gemachte Zusammenstellung unseres Falles mit dem eines Verkaufes des Grundstückes. Daher ist denn auch, so viel mir bekannt, noch von Niemandem diese Erklärung versucht worden.

Meines Erachtens würde übrigens, selbst wenn die Stelle von einer locatio conductio operis handelte, die in ihr gegebene Entscheidung keineswegs in Ordnung sein. Muß sie aber auf eine wirkliche Verpachtung bezogen werden, so wird freilich ihre innere Unhaltbarkeit desto einleuchtender. Als Gegenstand derjenigen Klage, welche durch das Vermächtniß des verpachteten Grundstückes dem Erben verloren gegangen sein soll, wird bezeichnet: „cogi colonum, ut eum fundum coleret". Dies ist nicht etwa so zu verstehen, als würde dem Erben nur das Recht abgesprochen, den Pächter zu zwingen, das Grundstück in Cultur zu nehmen, es nicht unangebaut liegen zu lassen; denn um ganz von der Frage abzusehen, ob man dem Verpächter überhaupt dem Pächter gegenüber ein solches Recht schlechtweg zuschreiben darf, so beweist jedenfalls die Klage, welche dem Pächter für den Fall, „quodsi colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur", gegen den Erben zugesprochen wird, daß auch die Fruchtziehung des Pächters, an welcher doch zweifellos der Verpächter immer nur insofern ein Interesse hat, als er dafür den Pachtzins zu fordern berechtigt ist, und ihm die gezogenen Früchte für diese Forderung als Pfand haften, unter den Worten fundum colere mitbegriffen ist. Diese Worte sollen hier, wie z. B. in l. 54, §. 1 eod., eben nur überhaupt die Anerkennung und Ausführung des Pachtvertrages von Seiten des Pächters bezeichnen. Das wesentlichste Stück der letzteren aber ist, von Seiten des Verpächters aufgefaßt, die Zahlung des Pachtgeldes: und an dem Empfang dieser Summe

sollte der Verpächter kein Interesse haben, weil er nicht mehr Eigenthümer des Grundstückes ist? — Freilich da er nicht Anspruch auf Zahlung schlechthin, sondern nur auf Zahlung gegen Gebrauchsgewährung hat, und da der Eigenthumsverlust ihm leicht die Gebrauchsgewährung unmöglich machen kann, so wird er aus diesem Grunde vielleicht nicht in der Lage sein, die actio locati anstellen zu können; aber einmal hat Dies der Nichteigenthümer mit demjenigen Eigenthümer gemein, dem zufällig die Verfügung über sein Grundstück thatsächlich gerade entzogen ist, und ferner kann die Sachlage in der l. 32 cit. nicht so gedacht sein; denn die Ausdrucksweise: „non posse colonum cogi, ut eum fundum coleret", setzt schon voraus, daß der Kläger seinerseits nicht verhindert sein würde, das Grundstück zur Benutzung anzubieten. In der That sind ja auch viele Fälle denkbar, wo der Verpächter ungeachtet seines Eigenthumsverlustes thatsächlich im Stande bleibt, die Benutzung zu gewähren, z. B. wenn der neue Eigenthümer ihm das Grundstück seinerseits verpachtet, oder unentgeltlich leiht, oder ihn beauftragt, für seine, des neuen Eigenthümers, Rechnung das Pachtverhältniß fortzusetzen. Wie soll es aber in einem solchen Falle denkbar sein, dem Verpächter die Einrede mangelnden Interesses entgegen zu setzen?

Dieser Punkt also ist es, über welchen man sich nach meiner Ansicht bei der Erwägung der l. 32 cit. vor allen Dingen klar werden muß: daß die in ihr enthaltene Entscheidung innerlich ganz verkehrt ist. Sodann aber ist bemerkbar zu machen, daß sie unter diesen Umständen auch keine äußere Auctorität in Anspruch nehmen kann, weil hier eine directe Antinomie mit den sonst in dieser Materie von den Digesten festgehaltenen Rechtsgrundsätzen vorliegt. In dieser Beziehung genügt es eigentlich

schon, daran zu erinnern, daß nach unzweideutigen Quellenaussprüchen die Vermiethung oder Verpachtung einer fremden Sache gerade so gültig ist, wie die einer eignen. Was speciell aber den Fall anlangt, wo der locator nachträglich das Eigenthum der Sache verliert, so kommen hier eben in Betracht die oben schon besprochenen Stellen, l. 49, pr. D. de A. E. V. 19, 1 und l. 13 D. qui pot. 20, 4; denn wenn diese die Möglichkeit der Cession der actio locati zunächst gerade für den Fall darthun, wo das fragliche Grundstück verkauft, also veräußert wird, so haben sie demnach dabei die Fortdauer jenes Anspruches zur nothwendigen Voraussetzung.

Für das Justinianische Recht ist demzufolge die l. 32 cit. einfach außer Acht zu lassen. Freilich scheint eine Erklärung dafür wünschenswerth, wie denn Cassius, einer der bedeutendsten Römischen Juristen, wohl zu einer so auffallenden Entscheidung gekommen sein mag, und noch dazu, wie es scheint, ohne den Widerspruch der dieselbe berichtenden Minicius und Julianus zu erregen. Zunächst könnte man, wie in solchen Fällen nahe liegt, an ein nur allmähliches Durchdringen der freiern Anschauungsweise denken; Cassius möchte vielleicht noch von einer beschränkteren Grundauffassung der locatio conductio ausgegangen sein. Will man aber davon absehen, so läßt sich auch anführen, daß allerdings Fälle denkbar sind, wo das „quia nihil heredis interesset" in concreto zutrifft, *insofern man sich auf den Standpunkt der rein pecuniären Condemnation des Civilprocesses der classischen Zeit stellt*: z. B. wenn der neue Eigenthümer sich nur eventuell bereit erklärt hätte, gegen Zahlung genau des gleichen, oder gar eines höhern Pachtgeldes das Grundstück dem Verpächter zur Ausführung des noch nicht abgelaufenen Pachtvertrages herzu-

geben, ohne daß der Verpächter gegen ihn eine Verbindlichkeit übernommen hätte, hiervon auch Gebrauch zu machen. Wenn man von dieser Betrachtung ausgeht, so würde Cassius nur verkehrter Weise ein „si" in ein „quia" verallgemeinert haben. Im Justinianischen Rechte freilich trifft die Stelle nicht einmal mehr in diesem beschränkten Sinne zu, weil eben nicht auf das Interesse in Geld, sondern auf Pachtzahlung gegen Gebrauchsgewährung zu condemnieren sein würde.

§. 15. Unwirksamkeit der Denuntiation ohne Oblation der Gegenleistung.

Nachdem die Möglichkeit der Cession oder Verpfändung einer auf Leistung gegen Gegenleistung gerichteten, einem gegenseitigen Vertrage entsprungenen Forderung im Vorigen festgestellt ist, soll nun aber noch die daselbst vorbehaltene genauere Bestimmung der Wirkungen eines solchen Rechtsgeschäftes unternommen werden.

Zuvörderst versteht sich bei unserer Auffassung der gegenseitigen Verträge von selbst, daß dem Cessionar nicht etwa an sich eine einfache Forderung auf die Leistung schlechthin zusteht, welcher nur mittelst exceptio non adimpleti contractus durch Berufung darauf zu begegnen wäre, daß der Cedent die ihm aus dem gegenseitigen Vertrage obliegende Verbindlichkeit noch nicht erfüllt habe; vielmehr hat von vorn herein der Cessionar nur insofern einen Anspruch auf die Leistung, als er, oder in seinem Namen der Cedent, oder etwa auch ein Dritter die von dem Cedenten geschuldete Gegenleistung dagegen darbringt.

Nun aber hat diese Gegenleistung eben nicht bloß die eine

Function, für den Cessionar Mittel zur Erlangung der von dem debitor cessus geschuldeten Leistung zu sein; sondern sie ist zugleich auch Gegenstand desjenigen Forderungsrechtes, welches dem debitor cessus nach wie vor gegen den Cedenten zusteht, insofern er nur *dem letztern* dagegen jene erstere Leistung darbringt. Eben darum kann der Cessionar von dem debitor cessus keinesweges ohne Weiteres verlangen, daß dieser seine Leistung, nachdem er von der Cession benachrichtigt ist, dem Cedenten nicht mehr zu Theil werden lasse, und sie vielmehr zu Gunsten des Cessionars zurück halte, bis dieser ihm etwa die Gegenleistung anzubieten in der Lage sein möchte; sondern der debitor cessus ist vollkommen berechtigt, so lange ihm von Seiten des Cessionars die Gegenleistung nicht angeboten ist, sich dieselbe mittelst Darbringung seiner Leistung von dem Cedenten zu verschaffen und sich dadurch zugleich von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Mit andern Worten: *gerade wie bei gegenseitigen Obligationen die Mahnung allein, ohne Oblation der Gegenleistung, keinen Verzug des Schuldners bewirken kann* (vgl. z. B. Mommsen, Beiträge zum Obl. R. Abth. 3, S. 41), *so bindet bei ihnen die Denuntiation allein, so lange noch nicht die Oblation der Gegenleistung hinzu gekommen ist, den debitor cessus nicht an den Cessionar.*

Bei der praktischen Anwendung des eben festgestellten Satzes ist allerdings zu beachten, daß der Cedent eben so gut, wie in seinem eignen Namen, auch in dem des Cessionars die Gegenleistung darbringen, d. h., statt selbst dagegen die cedierte Leistung einzuziehen, sie dem Cessionar überweisen, kann. In den Fällen, wo überhaupt nach Maßgabe des der Cession zu Grunde liegenden Geschäftes die Absicht dahin ging, daß nicht der Cessionar,

sondern der Cedent selbst die Gegenleistung aus seinen Mitteln darbringen solle, wird letzterer sogar um so häufiger dieses Verfahren beobachten, als er in der Regel dem Cessionar eben aus jenem zu Grunde liegenden Geschäfte dazu verpflichtet sein wird.

Aber der Cedent kann doch auch dem debitor cessus in seinem eignen Namen die Gegenleistung anbieten, um selbst unmittelbar dagegen die cedierte Leistung einzuziehen, und kann unter Umständen sogar dem Cessionar gegenüber zu dieser Handlungsweise auch berechtigt sein, z. B. wenn nach Maßgabe des der Cession zu Grunde liegenden Geschäftes der letztere die Gegenleistung aus seinen eignen Mitteln darbringen und dadurch zugleich den Cedenten von dem Gegenanspruche des debitor cessus liberieren sollte, aber Dies rechtzeitig zu thun unterlassen hat. Damit ist dann freilich die Wirkung der Cession an sich nicht rückgängig gemacht: der Cedent seinerseits kann den debitor cessus nicht mehr zwingen, ihm gegen Entgegennahme der Gegenleistung zu leisten; aber nichtsdestoweniger ist er dem debitor cessus nicht verpflichtet, demselben anders zu leisten, als wenn ihm, dem Cedenten, unmittelbar dagegen geleistet wird, und daher muß der Cessionar in seinem Verhältnisse zum debitor cessus es sich gefallen lassen, daß dieser dem Cedenten leiste, falls nicht er selbst, der Cessionar, dem letztern mit dem Anbieten der Gegenleistung zuvor gekommen ist.

Praktisch genommen, können sich nach dem Vorigen die Folgen der Cession bei gegenseitigen Obligationen in den einzelen Kategorien von Fällen sehr verschieden gestalten. Hat z. B. ein Käufer seine Forderung cediert, so hat es der Cessionar in der Hand, sich dieselbe sofort zu sichern, indem er dem Verkäufer die Geldzahlung gegen Lieferung der Waare anbietet. Im Ganzen liegt die Sache eben so, wenn ein Miether Cedent ist;

nur wird hier der Vermiether, ehe er mit seiner Leistung an den Cessionar beginnt, darauf bestehen können, daß der letztere, wenn er nicht sofort das Miethgeld im Voraus zahlen will, ihm für die am Schlusse der Miethezeit zu leistende Zahlung durch Bürgschaft des Cedenten oder auf andere Weise Sicherheit bestelle; denn der Vermiether hat sich freilich vertragsmäßig bereit erklärt, durch Vorangehen mit seiner Leistung dem Cedenten Vertrauen zu schenken, nicht aber dem Cessionar. Ist der Anspruch des Verkäufers aus einem Lieferungsgeschäft cediert, wie es im Handelsverkehre in der Form der Uebertragung von Schlußnoten u. dgl. nicht selten vorkommt, so kann ebenfalls der Cessionar leicht den Käufer durch Anbieten der vertragsmäßigen Waaren an sich binden. In allen diesen Fällen, wo es sich um Geld oder andere leicht zu beschaffende genera von Sachen handelt, kann freilich, wenn der Cessionar nicht sofort offeriert, eben so leicht auch wieder der Cedent, falls dieser seinen Sinn geändert hat, mit der Oblation ihm zuvor kommen.

Wenn es sich dagegen um den Anspruch aus dem Verkaufe oder der Vermiethung einer dem Verkäufer oder Vermiether gehörenden individuell bestimmten Sache handelt, so ist natürlich der Cessionar seiner Sache dem debitor cessus gegenüber nur dann recht sicher, wenn ihm bei der Cession zugleich die betreffende species ausgeliefert ist. Unter dieser Voraussetzung ist er denn aber allerdings in der Regel nicht mehr der Gefahr ausgesetzt, daß der Cedent ihm mit Oblation der Gegenleistung zuvor komme. Hat dagegen in einem solchen Falle der Cedent die körperliche Sache behalten, so hindert ihn thatsächlich Nichts, mittelst derselben trotz der Cession die Leistung des debitor cessus einzuziehen; denn wenn er fortfährt, in seinem eignen Namen z. B. den Gebrauch des vermietheten Hauses dem Miether zu

gewähren, so wird dieser ungeachtet geschehener Denuntiation dem Cessionar gegenüber liberiert, falls er unmittelbar dagegen dem Cedenten das Miethgeld zahlt. Zur Erläuterung sei noch beiläufig auf den umgekehrten Fall hingewiesen, wo etwa ein Vermiether das vermiethete Haus veräußert hätte, ohne seine Ansprüche aus dem Miethvertrag auf den Erwerber zu übertragen: wenn hier der neue Eigenthümer nicht etwa im Namen des Vermiethers, um dessen Verbindlichkeit zu erfüllen, sondern z. B. aus reiner Nachlässigkeit noch eine Zeit lang den Miether im ungestörten Gebrauche des Hauses ließe, so würde der Vermiether keineswegs berechtigt sein, für diese Zeit Miethgeld von dem Miether in Anspruch zu nehmen, da er demselben den Gebrauch des Hauses während dieser Zeit nicht gewährt haben würde.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß in Fällen der zuletzt besprochenen Art, wo der Cedent oder Verpfänder selbst die betreffende species in der Hand behält, die unbedingte, rechtlich sofort wirksame Cession oder Verpfändung sich im praktischen Erfolge allerdings nicht sehr von derjenigen unterscheidet, welche unter der Bedingung geschieht, daß die Forderung durch Darbringung der Gegenleistung ohne sofortige Einziehung der Leistung zu einer einseitigen werden sollte. Daraus erklärt sich wohl auch, daß bei der Controverse über die Möglichkeit der Cession gegenseitiger Obligationen, so viel ich sehe, bisher gar kein Gebrauch gemacht worden ist von einer Stelle, welche doch so direct wie möglich für die Zulässigkeit einer Verpfändung, und damit also auch einer Cession, noch nicht verdienter Miethgelder zeugt. Ich meine die l. 20 D. de pign. 20, 1:

„Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse credi-

tum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit."

Daran ist sicher nicht zu denken, daß diese Stelle etwa nur von der Verpfändung schon fälliger Miethforderungen spräche; der ganze Zusammenhang macht unzweifelhaft, daß die später durch Benutzung des noch erst auszubessernden Gebäudes zu erzielenden Miethforderungen Gegenstand der Verpfändung sein sollen. (Was es übrigens heißen soll, wenn Schmid, Cession, Th. 1, S. 125, sagt, es sei hier zunächst nicht die Miethforderung, sondern deren Gegenstand, die Miethgelder, verpfändet, ist mir nicht recht verständlich.) Aber freilich ist der Fall wohl nicht so gedacht, daß der Gläubiger selbst zugleich in den Besitz des Hauses gesetzt werde, so daß die Miether die Gebrauchsgewährung nicht unmittelbar von dem Verpfänder, ihrem Vermiether, sondern zunächst von dem Gläubiger herzuleiten haben würden; vielmehr soll, wie es scheint, der Vermiether selbst den Besitz des Hauses behalten und den Miethern direct den Gebrauch desselben gewähren: und damit wird denn die Verpfändung thatsächlich erst für die Zeit der etwa eintretenden Einseitigkeit der Miethforderungen wirksam. Daß aber eine Cession oder Verpfändung gegenseitiger Obligationen in diesem eingeschränkten Sinne möglich sei, darüber ist eigentlich wohl kaum jemals Jemand zweifelhaft gewesen, obwohl die Streitfrage, wie gezeigt, nicht klar gestellt war: und so fühlte man denn auch keine Veranlassung, die l. 20 cit. in den Streit hinein zu ziehen.

Endlich verdienen nun eine besondere Erörterung noch die Fälle, wo die dem debitor cessus geschuldete Gegenleistung in einer gewissen Arbeitsmenge oder in der Herstellung eines gewissen Arbeitsergebnisses besteht, also namentlich die Fälle der locatio

conductio operarum und operis. In solchen Fällen wird es sehr häufig nach dem zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus geschlossenen Vertrage rechtlich nicht gleichgültig sein, wer die fragliche Arbeit vornimmt; vielmehr wird oft gerade die Arbeit der bestimmten benannten Person, in der Regel des Cedenten selbst, das Vertragsobject bilden. Besonders häufig wird die Sache bei der locatio conductio operarum so liegen, vielleicht schon seltener bei der locatio conductio operis. Natürlich würde unter dieser Voraussetzung der debitor cessus dem Cessionar jedenfalls nicht gegen die Arbeitsleistung irgend einer andern Person, als des Cedenten selbst zu zahlen brauchen, nach Analogie der Entscheidungen, welche das Römische Recht für dergleichen Fälle in l. 31 D. de sol. 46, 3 und l. 39, §. 5 D. de st. lib. 40, 7 gegeben hat.

Eben daher könnte nun aber hier nicht ohne Grund sogar ein Zweifel entstehen, ob überhaupt die Cession einer solchen Forderung juristisch anders zu denken sei, als unter der Bedingung, daß der Cedent dem debitor cessus die Arbeit leiste, ohne sich selbst dagegen den Lohn auszahlen zu lassen: wodurch dann ja die Forderung in eine rein einseitige umgewandelt sein würde. Es fragt sich eben, ob die unbedingte, sofort wirksame Cession eines Anspruches möglich ist, dessen Gegenstand in „Geldzahlung gegen Leistung der Arbeit des Cedenten" besteht. Ohne Zweifel kann freilich möglicher Weise auch der Cessionar dem debitor cessus die Arbeit des Cedenten leisten, wenn nämlich dieser bereit ist, im Namen des Cessionars die Arbeit zu verrichten; aber es möchte doch vielleicht die „Leistung der Arbeit des Cedenten" rechtlich als eine Leistung von wesentlich anderer Natur erscheinen, je nachdem sie im Namen des Cedenten selbst, oder in dem des Cessionars geschieht; es möchte vielleicht „eine Arbeit durch einen

Andern verrichten lassen", als Gegenstand einer Obligation, also auch als Gegenleistung bei einer solchen gedacht, rechtlich sehr verschieden sein von dem eignen Verrichten einer Arbeit. Man sieht, daß wir es hier mit einem neuen Bedenken zu thun haben, welches in sämmtlichen vorher besprochenen Fällen gar nicht auftauchen konnte; denn Niemand wird bezweifeln, daß z. B. die eigne Tradition oder Gebrauchsgewährung einer Sache rechtlich vollkommen gleichwerthig ist mit dem Tradierenlassen oder Gebrauchgewährenlassen durch einen Andern. Sollte sich Dies aber bei einer persönlich bestimmten Arbeitsleistung anders verhalten, so würde allerdings die unbedingte Cession einer von einer solchen abhängigen Forderung sich als unmöglich darstellen, da dann „Geldzahlung gegen Leistung der Arbeit des Cedenten" als Gegenstand der Forderung des Cessionars nicht Dasselbe würde bedeuten können, wie als Gegenstand der Forderung des Cedenten selbst. Dieser Punkt erledigt sich auch noch keineswegs durch den Hinweis darauf, daß ja die Dienste eines Dritten eben so gut Gegenstand einer locatio conductio operarum sein können, wie die eignen Dienste des Vermiethers, nach l. 25 D. de op. lib. 38, 1; denn daraus, daß die Römer beide Arten von Verträgen als locationes conductiones für klagbar erklärten, folgt eben so wenig, daß ihre rechtliche Natur in allen Einzelheiten überein stimmen muß, wie Dies von der locatio conductio rei einerseits und der locatio conductio operarum andrerseits behauptet werden kann. Schwerer möchte schon ins Gewicht zu fallen scheinen, daß im Römischen Rechte die operae einer bestimmten Person in mehrfacher Beziehung nach Analogie nach und nach zur Entstehung kommender körperlicher Sachen behandelt werden, namentlich bei der obligatio operarum der Freigelassenen; diese wurde sogar technisch auf „operas dare"

abgestellt, obwohl „dare" sonst doch nur für die Verschaffung von dinglichen Rechten, nach dem classischen Recht sogar nur von civilrechtlichen dinglichen Rechten, als Kunstausdruck im Gegensatz zum „facere" anerkannt war: und wenn in l. 1 D. de op. serv. 7, 7 Paulus sagt:

„Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arethusa natum erit",

so liegt offenbar dieselbe Anschauung zu Grunde. Indessen dürfte sich diese, etwas künstliche, Auffassung doch wohl auf die formelle stipulatio oder iurata promissio liberti „operas dari" beschränkt haben, welche wohl auch Paulus in der l. 1 cit. im Sinne gehabt haben wird, wenngleich seine Bemerkung von den Compilatoren in den Titel „de operis servorum" gestellt ist. Der Gegenstand der locatio conductio operarum ist doch aber gewiß nicht als das dare einer Reihe von einzelen Objecten zu denken, bei welchem es allerdings juristisch gleichgültig sein müßte, wer es dem Gläubiger zuwändte; eine solche Auffassung würde eher noch dazu führen, eine emptio venditio, als eine locatio conductio anzunehmen. Der Gegenstand der locatio conductio operarum besteht vielmehr einfach in einem facere: und dabei, scheint mir, ist schwer über die natürliche Anschauung wegzukommen, wonach das Verschaffen der Arbeit eines Andern denn doch eine ganz andere Art von facere ist, als das eigne Arbeiten.

Ich gestehe, daß mir dieser Punkt sehr zweifelhaft bleibt. Uebrigens kommt im praktischen Resultat Wenig oder Nichts darauf an, ob man ihn so, oder anders entscheidet. Denn selbst wenn man nicht anerkennt, daß das so eben entwickelte Bedenken der Möglichkeit einer unbedingten Cession der noch von der persön-

lichen Arbeitsleistung des Cedenten abhängigen Forderung im Wege steht, so ist doch jedenfalls der Cessionar hier auf keine Weise im Stande, mittelst seiner persönlichen Handlung die Gegenleistung zu unmittelbarem Austausche gegen die Leistung des debitor cessus darzubringen, sondern nur der Cedent selbst kann Dies thun.

Daraus folgt nun freilich nicht, daß eine solche Cession dem debitor cessus gegenüber wegen der Belästigung, die für ihn darin läge, statt mit einer, mit zwei Personen sich einlassen zu müssen, unzulässig wäre; denn hier kommt nun in dieser Beziehung in Betracht, was im §. 14 schon bemerkt ist, daß Cessionar und Cedent sich in passender Weise zur Vornahme jenes Austausches beim debitor cessus zusammen finden können: was im vorliegenden Falle etwa dahin führen würde, daß der Cessionar bei Beendigung der Leistung des Cedenten sich beim debitor cessus einstellte, um an der Stelle des Cedenten die Geldzahlung entgegen zu nehmen.

Wohl aber ergiebt sich Das als die charakteristische Eigenthümlichkeit solcher Cessionsfälle, daß hier der Cessionar gar nie es in der Hand haben kann, den debitor cessus ohne Mitwirkung des Cedenten durch Oblation der Gegenleistung an sich zu binden, sondern daß er in seinem Verhältnisse zum debitor cessus hier lediglich auf den fortdauernden guten Willen des Cedenten angewiesen ist; genau wie wenn die Cession ausdrücklich von jener Bedingung abhängig gemacht wäre, daß der Cedent die Arbeit leiste, ohne sich selbst dagegen zahlen zu lassen.

In allen Fällen, wo der Cedent oder Verpfänder es thatsächlich in der Hand hat, des Cessionars oder Pfandgläubigers Recht gegenüber dem debitor cessus oder pignoratus dadurch, daß er sich selbst unmittelbar gegen seine Gegenleistung von dem letztern leisten läßt, zu vereiteln, bleibt gleich-

wohl die Cession oder Verpfändung natürlich bei Kraft, wenn jener von dieser Möglichkeit in dem Zeitpunkte der vollendeten Gegenleistung keinen Gebrauch macht. Von da an, wo die Forderung so zu einer einseitigen geworden ist, erscheint also der Anspruch des Cessionars gegen den debitor cessus als durch die geschehene Anzeige der Cession rechtlich völlig gesichert.

Dabei drängt sich aber doch noch für alle die Fälle, wo der Cedent die Gegenleistung dem debitor cessus nicht in einem Zeitmoment, sondern nach und nach stückweise darbringt, ein Bedenken auf, dessen Beseitigung für uns von der allergrößten Wichtigkeit ist. Man könnte nämlich die Frage aufwerfen: wird denn die cedierte Forderung nicht schon für jedes Theilchen der dargebrachten Gegenleistung sofort zu dem entsprechenden Theile der Leistung zu einer einseitigen? oder findet wirklich diese Umwandlung nur mit der Forderung im Ganzen statt, wenn die ganze Gegenleistung dargebracht ist, ohne daß bei Beendigung derselben unmittelbar dagegen die Leistung erfolgt ist? — Man sieht, daß diesem Punkte vornehmlich bei allen Arten des Miethvertrages die größte praktische Bedeutung zukommt. Wird die erstere Alternative bejaht, so würde hier durch die Gegenseitigkeit der Forderungen die Sicherheit der Stellung des Cessionars gegenüber dem debitor cessus schließlich doch als so gut wie gar nicht beeinträchtigt erscheinen. Der Cedent, der sein Haus oder seine Arbeitskraft z. B. auf ein Vierteljahr für eine bestimmte Summe vermiethet hat, muß das ganze Vierteljahr hindurch dem debitor cessus das Haus einräumen, die Arbeit leisten, ohne inzwischen unmittelbar gegen die einzelen Theile seiner Leistung verhältnißmäßige Zahlung verlangen zu können: folglich würden, unter der einstweilen gemachten Voraussetzung, sämmtliche einzele Theilchen der cedierten Forderung durch die Darbringung der Gegen-

leistung in continuierlicher Folge nach und nach den Charakter reiner Einseitigkeit erhalten; nur der unbestimmbar kleine auf das letzte Zeittheilchen der Gegenleistung bezügliche Theil jener Forderung würde bis zum entscheidenden Augenblicke mit der Gegenseitigkeit behaftet bleiben, davon abgesehen also der debitor cessus für den ganzen Belauf der Forderung durch die ihm gewordene Benachrichtigung von der Cession schon endgültig an den Cessionar gebunden sein.

In Wirklichkeit verhält es sich nun aber mit diesem Punkte anders. Allerdings ist in solchen Fällen die Gegenleistung an sich begrifflich theilbar, und falls am Ende des vertragsmäßigen Zeitabschnittes feststeht, daß ein Theil der Gegenleistung definitiv ausgeblieben ist, so erscheint auch der Anspruch auf verhältnißmäßige Zahlung für den geleisteten Theil begründet, wenn auch vorbehaltlich der Aufrechnung gegen den Schadensersatz für den ausgebliebenen Theil, insofern nach Lage der Sache ein solcher verlangt werden könnte. Aber hierdurch darf man sich nicht täuschen lassen, so lange es sich darum handelt, den Inhalt des Retentionsrechtes festzustellen, welches die Natur der gegenseitigen Verträge jedem der beiden Contrahenten verschafft. Jeder einzele Theil der Leistung kann nicht anders, als gegen Darbringung der ganzen vertragsmäßigen Gegenleistung in Anspruch genommen werden, so weit eben diese letztere überhaupt noch möglich ist, und desgleichen umgekehrt; es ist hier eben so, wie bei einem Pfande, welches bekanntlich gleichfalls in solidum für jeden einzelen Theil der Forderung haftet, und mit welchem die Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen von den Römern in den schon im §. 13 angeführten l. 13, §. 8 D. de A. E. V. 19, 1 und l. 31, §. 8 D. de aed. ed. 21, 1 auch geradezu verglichen wird. Eben so wenig, wie der Vermiether,

nachdem er erst einen Theil der Miethezeit hindurch seine Verpflichtungen erfüllt hat, sofort schon den verhältnißmäßigen Theil des Miethgeldes fordern kann, braucht er seinerseits seine Leistung zu beginnen oder fortzusetzen, wenn der Miether ihm im Voraus seine Absicht zu erkennen giebt, nach Beendigung der ganzen Leistung ihm nur *einen Theil* des Miethgeldes auszuzahlen. Daher würde der Miether gegen Treue und Glauben verstoßen, wenn er am Schlußpunkte der gesammten Leistung, die der Vermiether ihm *in eignem Namen* dargebracht hätte, aus irgend einem Grunde, sei es auch wegen einer von dem Vermiether selbst früher vorgenommenen Cession, sich weigerte, dem Vermiether unmittelbar dagegen das volle Miethgeld zu entrichten.

Das Ergebniß ist also: die vom Vermiether cedierte Forderung verwandelt sich nicht continuierlich mit der nach und nach vorschreitenden Gegenleistung in eine einseitige, sondern erst dann, wenn die Gegenleistung ganz beendet ist, ohne daß unmittelbar dagegen das Miethgeld eingezogen wird.

Der Umfang der zusammengehörigen *ganzen* Leistung und Gegenleistung aber bestimmt sich natürlich in jedem einzelen Falle nach dem Willen, welchen die Contrahenten bei Abschluß des Miethvertrages hatten. Den Ausdruck dieses Willens hat man im Zweifel in der Wahl desjenigen Zeitabschnittes zu finden, nach welchem der Betrag des Miethgeldes festgesetzt ist; indessen ist es möglich, daß Ortsgebräuche eine andere Auslegung begründen, wie ja z. B. an manchen Orten bei Wohnungsmiethen der Betrag des Miethzinses für ein ganzes Jahr ausgedrückt zu werden pflegt, während doch vielleicht nach Maßgabe des Ortsgebrauches als Miethezeit ein kürzerer Zeitabschnitt, z. B. ein halbes oder ein Vierteljahr, gemeint ist.

4. Beschlagnahme gegenseitiger Obligationen.

§. 16. Ueberhaupt.

Wenden wir nun endlich Das, was wir über die Cession und Verpfändung gegenseitiger Obligationen ermittelt haben, analog auf die richterliche Beschlagnahme derselben an, so gelangen wir zu dem Ergebnisse, daß eine solche nur zulässig ist, insofern zugleich mit der Behändigung des richterlichen Befehles dem dritten Schuldner auch die Gegenleistung im Namen des Impetranten angeboten wird. Denn daß der dritte Schuldner ohne diese Oblation dem Impetranten gegenüber nicht verpflichtet sein könnte, die Leistung ihm, und nicht etwa dem Impetraten, zu machen, kann hier noch weniger, als im Falle der Cession oder Verpfändung bezweifelt werden. In Beziehung auf diese letztern Rechtsgeschäfte wäre nämlich die Ansicht wenigstens denkbar, daß der Cedent oder Verpfänder durch dieselben auf Grund seiner eignen Willenserklärung gebunden wäre, auch insofern er nicht als Gläubiger, sondern als Schuldner in Betracht käme, als Gegenleistung gegen die ihm obliegende Leistung an den debitor cessus oder pignoratus, sich die Leistung des letztern, statt an ihn selbst, an den Cedenten oder Pfandgläubiger gefallen zu lassen. Unrichtig würde diese Auffassung freilich auch bei der Cession sein; denn sie würde darauf hinaus laufen, daß der Inhalt der dem debitor cessus gegen den Cedenten zustehenden Gegenforderung verändert wäre: nun würde aber diese Wirkung nach allgemeinen Grundsätzen nur durch einen Vertrag zwischen debitor cessus und Cedenten hervor gebracht werden können, und ein solcher kann weder in der Cession an sich, noch in der etwa dem debitor cessus davon gewordenen Benachrichtigung gefunden werden.

Vollends kann nun aber von vorn herein gar nicht einmal daran gedacht werden, der richterlichen Beschlagnahme eine solche Nebenwirkung zuzuschreiben. Wenigstens wäre Das eine neue und unerhörte Art der Execution, welche sich nicht darauf beschränkte, Vermögensstücke des Exequendus seiner Verfügung zu entziehen, sondern sogar den Inhalt seiner Dritten gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten zu seinem Nachtheile änderte und, während er bis dahin nur verpflichtet war, gegen ihm selbst zu Theil werdende Gegenleistung zu leisten, nunmehr dem Befehlsträger ihm gegenüber das Recht verschaffte, zu verlangen, daß er gegen eine zu Händen des Gerichtes, bez. des Impetranten, geschehende Gegenleistung leiste. Da nun aber dem dritten Schuldner doch die Befugniß nicht versagt werden könnte, sich das ihm Geschuldete durch Erfüllung der zum Arrestobjecte bestimmten Forderung zu verschaffen, ohne welche Erfüllung ihm eben kein rechtlicher Anspruch gegen den Exequendus zusteht, so ist klar, daß gar kein richterliches Verbot, dem Impetraten zu leisten, an den dritten Schuldner erlassen werden darf, so lange das Gericht nicht in den Stand gesetzt ist, ihm zugleich die Gegenleistung anzubieten.

Eine mögliche Einwendung muß hier freilich noch berücksichtigt werden. Man könnte sich nämlich vielleicht auf den häufig gelehrten Satz berufen wollen, daß ein Schuldner, auch abgesehen von aller Beschlagnahme, nicht nur durch Leistung an den Gläubiger selbst, sondern auch durch Leistung an Jemand, der gegen diesen Gläubiger selbst wieder eine Forderung gleichen Inhaltes habe, liberiert werde: das Gleiche müsse auch von der einem Schuldner zu machenden Gegenleistung gelten, weil eben überhaupt durch die Leistung an den Gläubiger einer Person, falls sie in dieser Absicht vorgenommen werde, die Leistung an die

Person selbst ersetzt werden könne. Sei aber der Dritte einmal dem Impetraten gegenüber in jeder Beziehung berechtigt, statt an den Impetraten selbst, an den Impetranten, als den Gläubiger desselben, zu leisten, so müsse er nun eben durch die Beschlagnahme im Verhältnisse zum Impetranten auch als zu dieser Handlungsweise verpflichtet erscheinen.

Jedoch vor Allem würde es in der That ganz willkürlich und ungerechtfertigt sein, Dem, was vielleicht genügen mag, um die schwächere Wirkung, nämlich die Befreiung des Schuldners, hervor zu bringen, deshalb ohne Weiteres auch die stärkere, nämlich neben dieser Befreiung auch noch die Purificierung des Anspruches auf die Gegenleistung, zuzuschreiben. Noch dazu aber dürfte jener Satz von der Leistung an den Gläubiger des Gläubigers nach der richtigen Ansicht überhaupt nur in eingeschränktem Sinne anzuerkennen sein. Man beruft sich dafür freilich auf l. 11, §. 5 D. de pign. act. 13, 7 und l. 6 D. de doli exc. 44, 4. Aber wenn in der erstern Stelle nicht gar die ganze Entscheidung nur darauf gestützt wird, daß in dem fraglichen Falle nach dem Willen des Gläubigers („voluntate eius") an dessen Gläubiger gezahlt werde (vgl. Sohm, Lehre vom subpignus, S. 73 u. 97), so erklärt sich doch jedenfalls die Berechtigung des Aftermiethers, direct an den ersten Vermiether zu zahlen, daraus, daß singulärer Weise seine invecta et illata sowohl diesem, als dem Aftervermiether als Pfand haften, und er dieselben also auch gegen den Willen des letztern von den Ansprüchen des ersten Vermiethers muß liberieren können. Und wenn Gajus in der l. 6 cit. sagt:

> „Idem est (sc. exceptione doli mali creditor removebitur), et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat",

so deutet schon die Voraussetzung „creditorem ratum non habere“ auf den Gesichtspunkt des utiliter gestum negotium hin. (Aehnlich nimmt die Stellen z. B. auch Windscheid, Pandektenrecht, Bd. 2, §. 342, Anm. 42.) Von einem solchen kann aber in unserm Falle so wenig wie in irgend einem Falle die Rede sein, wo die Leistung an den Gläubiger des Gläubigers gegen den präsumptiven Willen des letztern erfolgt. Uebrigens wird die Unrichtigkeit der Behauptung, daß jede Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers den Schuldner befreie, zum Ueberflusse noch durch die l. 4 §. 26 und l. 16 D. de doli exc. positiv dargethan. Denn in diesen Stellen werden besondere Gründe, wie Arglist des Unmündigen, entschuldbarer Irrthum des Schuldners des Wahnsinnigen neben Bereicherung des letztern, aufgesucht, um die Zahlung, welche der Schuldner des Unmündigen oder Wahnsinnigen auf das Geheiß dieses Gläubigers dem Gläubiger des letztern gemacht hat, mittelst exceptio doli dem Unmündigen oder Wahnsinnigen gegenüber aufrecht zu halten: und solcher besondern Gründe bedürfte es doch gar nicht, wenn jener allgemeine Satz wirklich als Rechtssatz anzuerkennen wäre.

§. 17. Einzele Fälle.

Besteht nun das Object der Gegenleistung in einer dem Impetraten gehörigen individuellen Sache, so besteht offenbar das einzige mögliche Verfahren darin, die Execution nicht bloß auf die Forderung, sondern vor Allem auf die betreffende species zu richten, diese zu arrestieren und mittelst derselben die gleichzeitig mit Beschlag zu belegende Leistung von dem dritten Schuldner einzuziehen. So würde also z. B. zu verfahren sein, falls es aus irgend einem Grunde angemessen scheinen sollte,

einen vom Impetraten über sein Grundstück abgeschlossenen Kauf- oder Miethvertrag zu Gunsten des Impetranten zu verwerthen. Wenn es sich dabei um Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils, oder was Dem gleichsteht, handelt, so würde man auch die arrestierte Sache recht wohl als pignus in causa iudicati captum bezeichnen können, obwohl sie nicht bestimmt ist, im Wege des Pfandverkaufes realisiert, sondern auf andere Weise verwerthet zu werden; denn es giebt ja auch Fälle des pignus praetorium ohne Verkaufsbefugniß, ja sogar mit der bloßen Befugniß, die Objecte als Sicherheit an sich zu halten. Daß im Römischen Rechte das pignus in causa iudicati captum in dieser Modalität nicht vorkommt, steht nicht im Wege, da ja überhaupt die ganze Execution in gegenseitige Obligationen dort gar nicht erwähnt wird. Uebrigens würde ich, wie nach den im §. 5 gegebenen Andeutungen sich von selbst versteht, geneigt sein, auch wenn im Wege des Sicherungsarrestes die erwähnte Procedur eingeschlagen werden sollte, falls nur der Anspruch des Impetranten wirklich begründet wäre, von einem Pfandrechte an der arrestierten species zu sprechen; doch kommt ja auf diese ganze Frage der Terminologie Wenig an.

Uebrigens könnte man vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus einen Zweifel erheben, ob überhaupt in den hier voraus gesetzten Fällen die Forderung als Executionsobject benutzt werden dürfe. Wenigstens würde dieser Verwendung der Wortlaut der l. 15, §. 8 D. de re iud. 42, 1 entgegen stehen:

> „Sic quoque iudices exsequentur iudicatum, ut nomina iure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit“:

und so werden auch im §. 2 der l. 15 cit., und desgleichen in l. 8 D. quod cuiusc. univ. 3, 4 und l. 2 C. quando fisc. vel

priv. 4, 15 die „iura“, die „debitores“ erst in letzter Linie, in Ermangelung ausreichender beweglicher oder unbeweglicher Sachen, als mögliche Executionsobjecte aufgeführt. Darnach müßte also in den supponierten Fällen vor Allem z. B. jenes Grundstück des Exequendus im Wege der Vollstreckung gepfändet und verkauft werden, und damit wäre, praktisch genommen, die Geltendmachung der Forderung aus dem frühern Verkaufe oder der frühern Vermiethung desselben, und also auch ihre Verwendung als Executionsobjectes von selbst ausgeschlossen.

Indessen wird es richtiger sein, den Wortlaut jener Römischen Stellen nicht zu urgieren. Es soll dort mehr eine allgemeine Instruction für die Ausführung der pignoris capio gegeben werden. Da erscheint es denn in der Regel allerdings zweckmäßig, zu den Forderungen erst dann zu greifen, wenn keine körperlichen Sachen zur Verfügung stehen; aber kaum wird gemeint sein, daß es selbst dann nicht zulässig sein soll, z. B. statt des Grundstückes selbst die Forderung aus einem darüber abgeschlossenen Verkaufe zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden, wenn Dies für den letztern wie für den Exequendus selbst vortheilhafter erscheint.

Die Praxis hat denn auch, wie es scheint, in dieser Beziehung kein Bedenken. Namentlich kommen Beschlagnahmen laufender Miethgelder häufig vor; aber dabei pflegt man es freilich nicht für nöthig zu halten, vor Allem das vermiethete Grundstück selbst zu arrestieren, so daß der Miether seine Detention formell nunmehr nicht direct vom Vermiether, sondern zunächst vom Impetranten, bez. vom arrestierenden Gericht, herzuleiten hätte. Ich glaube aber auch in der That, daß, vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus betrachtet, die Praxis sich hier gerade so gut auf einem Irrwege befindet, wie in der

Frage der Beschlagnahme noch nicht verdienter Arbeitslöhne. Indessen ist doch, was die Sachmiethe anlangt, zu beachten, daß es Particularrechte giebt, nach welchen der Miether ohne Frage ein dingliches Recht an der gemietheten Sache hat. Hier nun ist die Miethforderung, nachdem der Miether dieses dingliche Recht erlangt hat, eigentlich schon zu einer rein einseitigen geworden, indem die Benutzung der Sache während der Miethezeit nicht mehr auf einer continuierlichen Gebrauchsgewährung von Seiten des Eigenthümers beruht, sondern, gerade wie beim Nießbraucher, auf einem selbstständigen dinglichen Rechte des Detentors. Genau genommen, kann man hier auch den ganzen Contract kaum als eine locatio conductio im Römischen Sinne betrachten, sondern eher als eine über das dingliche Recht abgeschlossene emptio venditio, welche von Seiten des Verkäufers schon erfüllt ist. In dem Bereiche solcher Particularrechte also ist allerdings Nichts dagegen einzuwenden, wenn bei dem Miether, der das dingliche Recht schon erlangt hat, ohne unmittelbar dagegen das Miethgeld zu entrichten, einfach die Miethforderung mit Beschlag belegt wird, so daß er nach der Insinuation des richterlichen Befehles sich dem Impetranten gegenüber durch Zahlung an den Vermiether selbst nicht mehr befreien kann.

Es ist nicht meine Absicht, hier der Reihe nach alle denkbaren einzelen Arten von gegenseitigen Obligationen darauf zu prüfen, wie sie sich zu der Eventualität ihrer Verwerthung im Executionswege verhalten. Einen Fall will ich indessen noch heraus heben, der freilich in der Praxis nicht gerade besonders häufig zur Sprache kommen, aber doch zur Erläuterung des hier in Frage kommenden Princips dienlich sein möchte. Hätte der Exequendus etwa einen vortheilhaften Lieferungsvertrag, sei es als Käufer, oder als Verkäufer, abgeschlossen, so würde, nament-

lich in Ermangelung anderer Objecte, auch diese Forderung auf Antrag des Executionssuchers zu Gunsten des letztern zur Verwendung kommen können. Er müßte dann aber natürlich selbst zugleich das Kaufgeld, bez. die vertragsmäßige Waarenmenge, insofern diese Gegenstände nicht schon im Vermögen des Exequendus vorräthig sein, und sich also hier der Arrestierung zu Gunsten des Impetranten darbieten sollten, aus seinem eignen Vermögen anschaffen und dieselben mit der Insinuation des Befehles durch das Gericht dem Befehlsträger anbieten lassen.

§. 18. Die Beschlagnahme noch nicht verdienten Lohnes insbesondere.

Gehen wir endlich über zu dem speciellen Falle, der überhaupt zu dieser ganzen Untersuchung Veranlassung gegeben hat, dem des noch nicht verdienten Dienst- oder Arbeitslohnes.

Zunächst tritt uns da das Bedenken entgegen, welches in analoger Weise im §. 15 schon wegen der Cession der von einer persönlichen Arbeitsleistung des Cedenten abhängigen Forderung erhoben worden ist. Es fragt sich eben, ob nicht das höchstpersönliche Element, welches in solchen Fällen der vertragsmäßigen Gegenleistung inne wohnt, die Forderung, so lange sie in diesem Zustande verharrt, überhaupt zum Objecte einer Cession, und so nun hier einer Beschlagnahme, ungeeignet macht.

Indessen kommt hier gar nicht einmal Etwas darauf an, ob man sich über dieses Bedenken hinweg setzen zu können meint, oder nicht. Jedenfalls ist schon aus einem andern Grunde die Beschlagnahme einer solchen Forderung völlig ausgeschlossen. Denn wie könnte der Impetrant hier das Gericht

in den Stand setzen, dem Befehlsträger zugleich die Gegenleistung anzubieten? Diese besteht hier ja eben in einer höchstpersönlichen Leistung des Impetraten: und gesetzt selbst, dieser erklärte sich bereit, dieselbe im Namen des Impetranten darzubringen, so würde er — abgesehen davon, daß, so lange er sich als ein so wohlgesinnter Schuldner zeigte, eine Beschlagnahme thatsächlich kaum nöthig scheinen möchte — durch Nichts gehindert sein, sich vor Beendigung der ganzen Arbeitsleistung wieder anders zu besinnen, und es würde also die Oblation der Gegenleistung von Seiten des Impetranten erst dann sicher vorliegen, wenn der Impetrat die ganze Arbeit verrichtet hätte, ohne sich unmittelbar dagegen den Lohn zahlen zu lassen, mit andern Worten, wenn es sich nicht mehr um noch zu verdienenden, sondern um schon verdienten Lohn handelte. Für diesen Fall steht denn freilich die Möglichkeit der Beschlagnahme ohnehin schon außer Zweifel.

Uebrigens wohlverstanden: von einer solchen Umwandlung der Natur der Lohnforderung kann, wie im §. 15 gezeigt, nicht vor dem Schlusse der ganzen vertragsmäßigen Dienst- oder Arbeitsperiode — mag diese nun in einem Tage, einer Woche, einem Vierteljahre, oder worin sonst, bestehen — die Rede sein. Daher ist es auch nicht einmal zulässig, während des Laufes einer solchen Periode den bis dahin schon als abverdient zu betrachtenden verhältnißmäßigen Theil des Lohnes zu arrestieren; vielmehr steht auch dieser bis auf Weiteres im Verhältnisse der Gegenleistung zu dem noch zu leistenden Theile der Arbeit, welcher ja eben von dem Impetranten dem Arbeitgeber unmöglich offeriert werden kann.

Damit sind wir also zu dem Ergebnisse gelangt, daß schon nach dem geltenden Rechte die Gerichte keinen Beschlag auf den

Lohn einer bestimmten Dienst- oder Arbeitsperiode zu legen befugt sind, so lange auch nur das kleinste Theilchen des betreffenden Lohnes als noch nicht verdient zu betrachten ist. Wird am Schlusse des fraglichen Zeitabschnittes der Lohn sofort dem Dienstboten oder Arbeiter ausgezahlt, so hat demnach der Gläubiger überhaupt keine Gelegenheit, sich des noch beim Dienstherrn oder Arbeitgeber ausstehenden Lohnes als Executionsobjectes zu bemächtigen.

Man könnte noch fragen: ist es denn nicht wenigstens zulässig, die Leistung für den Fall im Voraus mit Beschlag zu belegen, daß sie nicht unmittelbar gegen die Gegenleistung an den Impetraten entrichtet, speciell also der Lohn nicht unmittelbar am Schlusse der vertragsmäßigen Arbeitsperiode an den Arbeiter gezahlt werden, und dadurch die Forderung in eine einseitige übergehen sollte? Das praktische Interesse an der Bejahung dieser Frage würde freilich nur ein untergeordnetes sein; aber nicht einmal dieses beschränkte Zugeständniß kann der gegnerischen Auffassung gemacht werden. Denn wie in §. 4 gezeigt, ist es ein Grundprincip der Execution mittelst pignoris capio, daß sie das Vermögen in dem Zustande und Umfange ergreift, wie es gegenwärtig beschaffen ist. Bedingte Beschlagnahme solcher gegenwärtigen Forderungen, welche ohne Bedingung nicht arrestiert werden können, unter der Bedingung, daß sich ihr Inhalt zum Vortheil des Impetraten verändern sollte, kann es eben so wenig geben, wie bedingte Beschlagnahmen zukünftiger Forderungen, unter der Bedingung, daß sie entstehen. Es muß also mit der Beschlagnahme gegenseitiger Obligationen, falls nicht die Gegenleistung von Seiten des Impetranten dem dritten Schuldner angeboten werden kann, durchaus gewartet werden, bis sie etwa dadurch in einseitige umgewandelt sind, daß

der Impetrat die Gegenleistung vollständig dargebracht hat, ohne sofort die Leistung entgegen zu nehmen.

§. 19. Rationalität des ermittelten Ergebnisses.

Das gesammte Ergebniß, das im Vorigen hinsichtlich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Beschlagnahme gegenseitiger Obligationen ermittelt ist, entspricht nun auch durchaus dem im §. 6 aufgestellten Postulate, daß nicht mittelbar die Arbeitskraft des Schuldners als Executionsobject zur Befriedigung des Gläubigers heran gezogen werde.

Vor Allem ist nicht zu verkennen, daß dieses Postulat im Grunde doch verletzt werden würde, wenn es möglich wäre, den zufälligen Umstand, daß dieser Schuldner sich gerade schon durch gegenseitigen Vertrag einem Dritten zur Leistung einer gewissen Arbeitsmenge zum Voraus verpflichtet hat, zur Sicherung des Executionsfuchers auszunutzen. Davor schützt nun aber also, wie man sieht, schon die einfache Consequenz des geltenden Rechtes den vermögenslosen Schuldner.

Uebrigens erweisen sich eben so auch diejenigen Resultate als mit jenem Grundsatze übereinstimmend, welche in Betreff der Beschlagnahme solcher gegenseitigen Obligationen gefunden sind, bei denen die Gegenleistung nicht eine höchstpersönliche, sondern eine sachliche ist. Da man bei diesen von vorn herein die Vermögenswerthe der Leistung und der Gegenleistung genau gegen einander abwägen kann, so ist hier zunächst zu unterscheiden zwischen demjenigen Theile des Vermögenswerthes der Leistung, welcher den Werth der Gegenleistung deckt, und dem etwanigen Ueberschusse des erstern Werthes über den letztern. Um diesen überschießenden Betrag erscheint das Vermögen des Exequendus

6

als durch den Contract vermehrt, während der übrige Theil des Werthes der Leistung entweder außerdem schon im Vermögen desselben vorhanden ist, oder erst durch anderweitigen Erwerb von ihm herbei geschafft werden muß. So verschafft nun auch die Beschlagnahme einer solchen Forderung dem Impetranten nach der richtigen Auffassung stäts nur in jenem Ueberschusse ein neues zu seiner Sicherung dienendes Object; denn als Gegenleistung muß sofort bei der Beschlagnahme entweder jenes andere Stück aus dem Vermögen des Exequendus geopfert werden, welches sonst selbst anderweitig zum Besten des Impetranten hätte verwerthet werden können, oder der Impetrant muß aus seinem eignen Vermögen die Gegenleistung beschaffen. Ließe man dagegen in anderer, als der von uns zugegebenen Weise die Beschlagnahme zu, so würde in Fällen der letztern Art häufig mittelbar wieder die Arbeitskraft des Impetraten im Voraus zu Gunsten des Impetranten gefesselt, indem er, den Ertrag derselben dem Befehlsträger als Gegenleistung darbringend, damit nur dem Impetranten die Leistung des Befehlsträgers in die Hände spielen würde.

V. Blick auf die Particularrechte, insbesondere das Altpreußische.

§. 20.

Die bisherigen Erörterungen haben sich fast durchgängig lediglich auf dem Boden des gemeinen Deutschen Rechtes bewegt. Ich vermag nicht mit Sicherheit zu sagen, in welchem Maße

etwa die praktische Bedeutung der gewonnenen Ergebnisse durch dazwischen tretende particuläre Rechtsgestaltungen beeinträchtigt werden mag. Daß Dies in erheblichem Umfange der Fall sein sollte, möchte übrigens kaum zu vermuthen sein. Jedenfalls würde eine genaue Feststellung in dieser Richtung das Maß meiner Kenntnisse und Kräfte übersteigen.

Nur über die Altpreußische Gesetzgebung möchte ich mir, bei der großen Ausdehnung des durch sie beherrschten Gebietes, noch einige Bemerkungen gestatten, welche ich freilich nicht für erschöpfend ausgeben will.

Eine nahe liegende Frage ist insbesondere, ob das Preußische Landrecht nicht etwa Bestimmungen enthält, welche die ganze hier vertheidigte Auffassung der gegenseitigen Verträge für den Bereich dieser Gesetzgebung beseitigen. Aber gerade das Gegentheil ist der Fall. Im Allgemeinen berufe ich mich in dieser Hinsicht auf Förster, welcher (Preuß. Privatrecht, Bd. 1, §. 83, S. 459 ff.) gerade auf Grund der einschlägigen Bestimmungen des Preußischen Landrechtes zu Ergebnissen gelangt ist, welche mit der Keller'schen Auffassung des gemeinen Rechtes genau übereinstimmen. Nur in einem, aber allerdings für uns wichtigen Punkte scheint nach Förster das Preußische Landrecht von der hier als gemeinrechtlich verfochtenen Auffassung der gegenseitigen Verträge sich zu entfernen. Denn wie Förster nach gemeinem Rechte im Anschlusse an v. d. Pfordten und Sintenis, wie im §. 13 erwähnt, zwischen gegenseitigen Verträgen auf eigentliche Gegenleistungen und solchen auf Vor- und Nachleistung, also namentlich zwischen dem Kaufvertrage einerseits und dem Miethvertrage andrerseits, unterscheidet, so stellt er dieselbe Distinction auch für das Preußische Landrecht auf. Indessen handelt es sich hier nur um die subjective Uebertragung

6*

einer irrigen gemeinrechtlichen Theorie; das Preußische Landrecht selbst giebt, wenigstens so weit es auf die hier in Frage stehenden praktischen Consequenzen ankommt, nicht nur zu jener Unterscheidung keine Veranlassung, sondern steht ihr sogar direct entgegen. Denn zunächst heißt es in Th. 1, Tit. 5, §. 232 ganz allgemein:

> „Niemand kann die Erfüllung eines ohne nähere Zeitbestimmung geschlossenen lästigen Vertrages eher fordern, als bis er selbst, den Vertrag von seiner Seite zu erfüllen, bereit und im Stande ist,"

und desgleichen in Betreff der Voraussetzungen des Verzuges, in Th. 1, Tit. 16, §. 22:

> „Niemand kann dem Andern eine Zögerung beimessen, so lange er selbst von seiner Seite seiner Schuldigkeit noch keine Genüge geleistet hat."

Noch dazu schließt aber der darauf folgende §. 23 sogar ausdrücklich eine Consequenz aus, die man aus jener Distinction ableiten müßte, nämlich die Consequenz, daß der Vermiether, welcher die Gebrauchsgewährung oder Arbeitsleistung nicht zur gehörigen Zeit beginnt, in Verzug geriethe ohne Rücksicht darauf, ob der Miether auch seiner Zeit dagegen zu zahlen bereit ist, oder nicht. Denn es ist dort gesagt:

> „Muß, nach der Natur des Geschäfts, die Verbindlichkeit erst von der einen Seite erfüllt werden, ehe der Andere die gegenseitige Pflicht zu leisten schuldig ist: so kann Letzterer dem Ersteren eine Zögerung nur in so fern zur Last legen, als er seines Orts seine Obliegenheit zu erfüllen bereit und im Stande war."

Hier haben wir in der That im Preußischen Landrecht ein ausdrückliches Zeugniß für einen oben (§. 13) als gemeinrechtlich behaupteten Satz, wie es uns die geschriebenen Quellen des gemeinen Rechtes nicht einmal zu bieten im Stande waren.

Somit befindet sich das Preußische Recht durchaus im Einklang mit der principiellen Grundlage, auf welcher die oben für die rechtliche Unwirksamkeit des Lohnarrestes gegebene Deduction beruhte. Freilich wenn wir nun die Bestimmungen der Preußischen Gesetzgebung über Cession und Verpfändung von Forderungen vergleichen, so bemerken wir, daß bei diesen an die Besonderheit der gegenseitigen Obligationen nicht gedacht worden ist. In Th. 1, Tit. 11, §. 414 und Tit. 20, §. 297 des A. L. R. ist ganz allgemein festgesetzt, daß der Schuldner von dem Augenblicke an, wo ihm die Cession oder Verpfändung mitgetheilt sei, sich dem Cessionar oder Pfandgläubiger gegenüber nicht mehr durch Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger befreien könne. Dennoch darf hier wohl für gegenseitige Obligationen an der Ausnahme, die nun einmal in ihrer, auch vom Preußischen Rechte sonst anerkannten, rechtlichen Natur mit Nothwendigkeit begründet ist, festgehalten werden: zumal wenn man bedenkt, daß in Th. 1, Tit. 16, §§. 22. 23 des A. L. R. die ganz analoge Frage in Betreff des Verzuges in der That ausdrücklich dahin geregelt ist, daß bei gegenseitigen Obligationen ohne Oblation der Gegenleistung von einer Zögerung des andern Theiles nicht die Rede sein kann.

Was endlich die Preußische Gesetzgebung über die Execution in Forderungsrechte und über die Arrestierung derselben anlangt, so ist auch hier an die Eigenthümlichkeit gegenseitiger Obligationen jedenfalls nicht ausdrücklich gedacht. Die Allg. Ger.-Ordnung,

Th. 1, Tit. 24, §§. 101—105, und Tit. 29, §§. 5. 54. 84. 85, desgleichen das Gesetz über die Execution in Forderungen vom 4. Juli 1822 setzen stillschweigend voraus, daß jede Forderung eines Schuldners ohne Weiteres bei seinem Schuldner mit Beschlag belegt werden könne. Jedoch möchte auch Dies nicht hindern, die Beschlagnahme der aus gegenseitigen Verträgen entstandenen Forderungen nur nach Maßgabe derjenigen Consequenzen zuzulassen, welche sich unabweislich aus der auch nach Preußischem Recht feststehenden rechtlichen Natur jener Verträge ergeben. Daß aber die A. G. O. Th. 1, Tit. 24, §. 113, bei der Execution in Pacht- oder Miethforderungen dem Pächter oder Miether gegenüber den bloßen gerichtlichen Befehl schlechtweg wirken läßt, und nicht etwa zugleich eine Sequestration des Grundstückes selbst für nöthig erklärt, kommt für uns nicht in Betracht. Denn es ist ja schon im §. 17 hervorgehoben worden, daß die Pacht- oder Miethforderung von da an eine einseitige geworden ist, wo etwa der Pächter oder Miether nach dem betreffenden Particularrechte ein dingliches Recht an der Sache erlangt hat. Nun ist aber gerade nach dem Preußischen Landrecht, obwohl man über den genauen Sinn von Th. 1, Tit. 2, §§. 135. 137 und Tit. 21, §§. 2. 5. 358 streitet, mindestens Das außer Zweifel, daß dem Pächter oder Miether, so lange er in der Detention bleibt, wirklich ein dingliches Recht an der Sache zusteht.

Einigermaßen bedenklich könnte man bloß durch Th. 1, Tit. 29, §. 17 der A. G. O. werden. Hier heißt es:

„Auch bei andern Künstlern und Handwerkern findet, wegen ihrer eigenen Schulden, ein Arrest auf die von einem Dritten zum Verarbeiten gegebenen Waaren, oder auf die daraus verfertigten Arbeiten nicht Statt; der

Besteller aber kann zur gerichtlichen Niederlegung desjenigen, was der Werkmeister an Arbeitslohn oder Auslagen von ihm noch zu fordern hat, angehalten werden."

Bei näherer Ueberlegung dürfte aber doch auch diese Bestimmung keine ernstliche Schwierigkeit bereiten. Die dem Dritten gehörenden Sachen selbst dürfen natürlich nicht arrestiert werden; aber Das hindert nicht, wenn ich so sagen darf, das augenblicklich dem Künstler oder Handwerker an denselben zuständige Retentionsrecht zu arrestieren, und nur indem das Gericht auf diese Weise dem Dritten die Auslieferung anzubieten im Stande ist, kann es den letztern anhalten, das dem Impetraten Geschuldete gerichtlich nieder zu legen.

Was aber ganz speciell den Lohnarrest betrifft, so hat man sich mit Unrecht auf einzele gesetzliche Vorschriften, die für gewisse besondere Fälle die Beschlagnahme des noch zu verdienenden Lohnes wirklich oder vermeintlich ausschließen, berufen, um aus ihnen argumento a contrario abzuleiten, daß der allgemeine Grundsatz des Preußischen Rechtes der entgegen gesetzte sei. Ich meine die Bestimmung des, übrigens durch Art. 60 des Einf.-Ges. zum allg. D. HGB. mit aufgehobenen, §. 1418 in Th. 2, Tit. 8 des A. L. R. über die Arrestfreiheit der künftigen Heuer der Schiffsleute und die Bestimmung, welche durch die Cabinetsorder vom 28. Dec. 1840 wegen des Ueberverdienstes der Sträflinge getroffen ist. Denn selbst wenn der Gesetzgeber beim Erlasse dieser Verfügungen von der Voraussetzung ausgegangen sein sollte, daß er hier eine Ausnahme von der Regel einführe, so würde doch dieses irrige Motiv des Gesetzgebers, nachdem es eben als irrig erkannt ist, der Anwendung des richtigen Grundsatzes nicht im Wege stehen, da es selbst eben nicht zum Gesetze erhoben worden ist. Noch dazu geben aber die er-

wähnten gesetzlichen Bestimmungen gar keine Veranlassung zu jenem argumentum a contrario. Der angeführte landrechtliche §. 1418 lautet:

> „Auch auf die rückständige Heuer kann bis zur Hälfte Arrest angelegt werden; nicht aber auf die künftige Heuer."

Die ausdrückliche Bestimmung in Betreff der künftigen Heuer läßt sich hier, auch wenn man annimmt, daß der Gesetzgeber dieselbe nur für den Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes gehalten habe, sehr wohl aus dem Gegensatze gegen die vorher erwähnte rückständige Heuer erklären. Die Cabinetsorder vom 28. Dec. 1840 aber verbietet gar nicht speciell die Beschlagnahme des noch nicht erworbenen Ueberverdienstes der Sträflinge — auf welchen ihnen ein schon gegenwärtiges Forderungsrecht zuzuschreiben übrigens auch wohl kaum möglich wäre —, sondern trifft in dieser Richtung eine singuläre Verfügung zum Schutze des Ueberverdienstes überhaupt, worunter ohne Zweifel vor Allem der den Sträflingen schon gutgeschriebene verstanden ist: sie hat also in Wirklichkeit mit unserer Frage gar Nichts zu thun.

VI. Abweichende Sachlage bei Beamtengehalten.

§. 21.

Absichtlich ist in allen vorigen Ausführungen vermieden worden, die Beschlagnahme von Beamtengehalten in die Erörterung herein zu ziehen. Gegen deren Zulässigkeit ist nämlich nach

allgemeinen Grundsätzen nicht das Mindeste einzuwenden. Die Forderung des öffentlichen Beamten auf sein Gehalt beruht keineswegs auf einem Dienstmiethvertrage oder einem andern gegenseitigen obligatorischen Vertrage, sondern ist von Anfang an eine rein einseitige Forderung, welche dem Beamten auf Grund seiner Anstellung zusteht. Daß der Beamte als solcher nach öffentlichem Rechte verpflichtet ist, gewisse Dienste zu leisten und Arbeiten zu verrichten, ist eine Sache für sich. Ohne Zweifel kann er möglicher Weise im Wege des Straf- oder Disciplinarverfahrens an seinem Gehalt gekürzt, oder gar entlassen werden, wenn er seine Amtspflichten versäumt; aber so lange er eben im Amte steht, hat er privatrechtlich an und für sich einen Anspruch nicht etwa auf Zahlung des Gehaltes gegen Erfüllung seiner Dienstpflichten, sondern auf Zahlung des vollen Gehaltes schlechthin.

Daher sind noch nicht fällige Beamtengehalte nach allgemeinen Grundsätzen eben so geeignete Objecte der Beschlagnahme und Execution, wie irgend welche andere einseitige Forderungen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen haben freilich die einzelen Particularrechte singuläre Bestimmungen getroffen, vermöge welcher die Beamtengehalte ganz oder zum Theil arrestfrei sind.

VII. Legislative Schlußbetrachtung.

§. 22.

Es hat sich heraus gestellt, daß die vollständige Unzulässigkeit der Beschlagnahme noch nicht verdienten Lohnes, welche der Reichstag des Norddeutschen Bundes gesetzlich festgestellt zu sehen gewünscht hat, in der That schon aus dem geltenden Rechte sich ergiebt. Das ist aber natürlich kein Grund, eine gesetzliche Regelung dieses Punktes abzuweisen, vorausgesetzt daß sie eben in dem vom Reichstage verlangten Sinne erfolgen soll. Denn in der Praxis ist nun einmal die richtige Auffassung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse bisher nicht anerkannt, und es ist kaum zu erwarten, daß sie ohne gesetzliche Nachhülfe schon in der nächsten Zeit zur Herrschaft gelange.

Vom rein wissenschaftlichen Standpunkte aus müßte man eigentlich wünschen, daß nicht die Frage des Lohnarrestes mittelst einer scheinbar singulären Gesetzesvorschrift für sich allein geregelt, sondern daß dann lieber eine allgemeinere Bestimmung etwa folgenden Inhaltes getroffen werde:

> „Forderungen, die von einer ganz oder theilweise rückständigen Gegenleistung abhängig sind, können nur dann mit Beschlag belegt werden, wenn die verfügende Behörde in den Stand gesetzt ist, mit der Behändigung des Befehles zugleich dem Befehlsträger die Gegenleistung anbieten zu lassen."

Auf das Entschiedenste aber würde nach meiner Ansicht jeder Gesetzesvorschlag zu verwerfen sein, der die Beschlagnahme des noch zu verdienenden Lohnes nur innerhalb gewisser Grenzen als

unzulässig bezeichnete. Selbst wenn sie nicht ausdrücklich daneben für jenseits dieser Grenzen zulässig erklärt würde, so würde dieses argumentum a contrario doch zu nahe liegen, als daß nicht sein Einfluß sich geltend machen und das Durchdringen der richtigen Auffassung des ganzen Verhältnisses erschweren müßte. Möchte also ein solches Gesetz auch augenblicklich vielleicht den durch die irrige Praxis hervor gerufenen Mißständen gegenüber erleichternd wirken, so würde es der völligen Beseitigung derselben, zu welcher sonst die Praxis nach gewonnener besserer Einsicht doch vielleicht noch gelangen könnte, eher hindernd in den Weg treten.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.

